J. pract.
260 t:

Rossbach

Die Philosophie

der

Gerechtigkeitspflege

mit steten Beziehungen

auf die

gerichtlichen Institutionen civilisirter Völker

von

Johann Joseph Roßbach,

der Philosophie und beider Rechte Doctor.

Würzburg.

Verlag der Stahel'schen Buchhandlung.

—

1847.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorwort.

Die Philosophie des Rechtes hat sich bisher mehr auf dem Gebiete der Untersuchungen über die Natur und letzten Gründe des Rechtes und über das politische Leben der Völker bewegt, die Rechtspflege lag ihrem Ziele noch entfernter. Dagegen liefern rechtshistorische Forschungen auf dem Boden der Letzteren verdienstvolle, ja ausgezeichnete Leistungen in den Werken von Eichhorn, Feuerbach, Heffter, Maurer, Mittermaier, Savigny, Walter, Warnkönig u. A. Darum bleibt auf diesem Gebiete für die Philosophie des Rechtes noch die Aufgabe, die im Hintergrunde der Geschichte verborgenen Ideen aufzuhellen, das wahre Wesen der gerichtlichen Institutionen civilisirter Völker zu begreifen, und das höhere Ziel zu verfolgen, das auch ihnen die Idee des Gerechten vorgezeichnet. Um aber diese Idee zu ermitteln, und sie auf den gebärenden Acker der Zeit zu übertragen, hat sie die rein nationale, in der Geschichte der Völker wieder untergegangene Form abzustreifen, und aus der abgestorbenen Hülle den Geist zu ergreifen, der allein einst ihren Institutionen lebenskräftige Gestaltung gab.

Dieser Geist wird dann neues Leben geben, wenn über veraltete Formen das Grabgeläute der Zeit ertönt. Denn dahin wirkt auch hier die providentielle Führung der Welt, welche die Menschheit zu immer höheren Stufen der Entwicklung führt, aber auch dasjenige bewahrt, was sich in dem Feuer der Geschichte schon bewährte, weil es Träger einer wahren Idee, und in der Natur der Sache wie in einem unvertilgbaren Bedürfnisse des Lebens stets gegründet war.

In diesem Geiste sind die Ideen entstanden, die in diesen Blättern niedergelegt sind; geschichtlichen Studien sind sie entsprungen, die über die gerichtlichen Institutionen civilisirter Völker sich verbreiteten, und die Natur des Gerechten in ihrer Geschichte aufzufinden sich bemühten. Liegt auch hier nur ein Theil der also gefundenen Resultate vor, so kann doch dieser als ein für sich abgeschlossenes Ganze betrachtet werden, in welcher Weise auch jeder etwa kommende Theil erscheinen soll.

Würzburg im Februar 1847.

Dr. **Roßbach.**

Inhalts-Uebersicht.

Erstes Buch.

Der Staat und die Gerechtigkeitspflege.

1. Die Elemente des Staates. §. 1.
2. Die materiellen und volkswirthschaftlichen Zustände in den Zeitaltern der Geschichte. §. 2—3.
3. Religion, Sitte und Cultur. §. 4—8.
4. Freiheit und Ordnung, Christenthum und Recht. §. 9—11.
5. Die Gerechtigkeit und die Rechtspflege. §. 11—14.

Zweites Buch.

Das Friedensgericht.

1. Die Nothwendigkeit der Friedensgerichte aus den politischen und Cultur-Zuständen, wie aus der Natur der Dinge entwickelt. §. 15—17.
2. Idee und Wirkungskreis der Friedensgerichte. §. 18.

3. Die Friedensgerichte im Geiste des Christenthums. Moralische Folgen der Prozesse. §. 19—20.
4. Die Ansichten von Feuerbach, Mittermaier und W. Puchta über Friedensgerichte. §. 21—23.
5. Die Schwierigkeiten ihrer Organisation. §. 24.
6. Die Elemente des Friedensgerichts. §. 25.
7. Die Friedensgerichte in Frankreich, England, in den Rheinlanden in Bayern, Würtemberg, Dänemark, Norwegen, Preußen und Sachsen-Meiningen. §. 26—31.
8. Der Vorschlag C. Th. Welckers über die Einrichtung der Friedensgerichte. §. 32—35.
9. Die naturgemäße Organisation der Friedensgerichte durch Collegialität mittelst eines juristischen und prätorischen Elements. Das Verfahren vor dem Friedensgerichte. §. 36—40.

Drittes Buch.

Das Institut der Schiedsgerichte. Die römische Prätur und die englischen Billigkeitshöfe.

1. Die Elemente des Rechts. Das römische Recht. §. 41—43.
2. Idee der Schiedsgerichte. §. 43.
3. Verhältniß der Schiedsgerichte zu den Friedensgerichten. §. 44.
4. Die Schiedsgerichte der Gentoos, der Hellenen, Juden und des christlichen Mittelalters. §. 45—49.
5. Die Schiedsgerichte der modernen Legislation in Baden, Bayern, Bremen, Preußen und Frankreich. §. 50—51.
6. Die legislative Organisation der Schiedsgerichte. §. 52.
7. Die römische Prätur. §. 53—55 und Schiedsgerichte §. 56—57.
8. Die englischen Billigkeitshöfe. §. 58—59.
9. Die Anwendbarkeit dieser Institutionen auf unsere Zeitverhältnisse. §. 60—67.

Viertes Buch.

Die positiven Gewähren eines materiellen Rechtszustandes.

1. Zusammenhang der Gerichts-Verfassungen mit dem nationalen Charakter und der politischen Geschichte. §. 67—68.
2. Die Proceßmaximen, der Charakter des Richters und die Unabhängigkeit des Richteramts. §. 69.
3. Der Staatsanwalt. §. 70—71.
4. Die Entscheidungsgründe richterlicher Urtheile. §. 72.
5. Die Collegialität. §. 73.
6. Die Berufungs-Instanzen. §. 74.
7. Der Cassationshof. §. 75.
8. Die Trennung der Richteramtsfunktionen im bürgerlichen und Strafproceß. §. 76.
9. Die mündliche öffentliche Rechtspflege. §. 77.
10. Die Advokatur. §. 78.
11. Das Begnadigungs- und Strafminderungsrecht; die Civilrestitution und die Wiederaufnahme der Untersuchung. §. 79.
12. Resultate aus der Rechtsgeschichte. §. 80.

Fünftes Buch.

Die Maximen der Gesetzgebung des bürgerlichen Processes.

1. Die Maximen des Civilprocesses in ihrem Zusammenhange mit der politischen und Culturgeschichte. §. 81—86.
2. Die Untersuchungsmaxime des preußischen Processes und ihr Verhältniß zur Verhandlungsmaxime. §. 87—88.

3. Gegensatz und Vermittlung beider Maximen. §. 89—94.
4. Die Nothwendigkeit einer Ergänzung in der Verhandlungsmaxime. §. 95—97.
5. Die Freiheit der Partheien und die Macht des Richteramtes. §. 98—108.
6. Die Perioden des Civilprocesses und das Eventualprincip; Momente für die sittliche Charakteristik der Verhandlungsmaxime. §. 109—117.
7. Der Ungehorsam der Partheien und seine Folgen. §. 118—125.
8. Die gemeinsamen Grundlagen beider Maximen. §. 126—133.
9. Die Fortbildung und das Princip der Gesetzgebung im Civilprocesse. §. 134—136.

Erstes Buch.

Der Staat und die Gerechtigkeitspflege.

---

1. Der Staat ist das geordnete Leben eines Volkes. Dieses Leben ist der Inhalt des Staates, und er selbst giebt ihm die ordnende Form durch seine Beherrschung. Das Leben eines Volkes aber ist, wie alles menschliche Leben, ein sinnlich=geistiges, Natur und Geist sind seine Elemente, es aber ist der Träger der Einheit derselben. Das sinnliche Leben ruht auf der Erdarbeit, auf Gewerbsfleiß und Handel; das geistige Leben entfaltet sich in Cultur, Sitte und Religion. Wenn aber der Einzelmensch in seiner abgeschlossenen Lebenssphäre immer nur einen dieser Zwecke vorzugsweise verfolgen kann, so concentriren sich im Volke alle Einzelkräfte zur Gesammtkraft, um sie alle zu erfüllen. Ein Volk ist daher die höhere Potenz eines Einzellebens, und das Volksleben (der Volksmensch, Makrokosmus) ist somit von denselben Factoren, wie das individuelle Leben, aber in höherer Vollendung getragen. Der Staat hat darum eine doppelte Aufgabe, um sowohl das Naturleben, wie das geistig=freie Leben seines Volkes durch seine Beherrschung zu ordnen.

2. Das natürliche (physische) Leben des Volkes zu sichern, war schon die wichtigste Aufgabe der ersten Gründer einer mit Bewußtsein verwirklichten Staatsordnung. Das sinnliche Dasein wurzelt zunächst in der Erde. Darum finden wir schon im grauen Alterthume das ernste Augenmerk darauf gerichtet, das Grundeigenthum in das rechte Verhältniß zu der Volkszahl, zu den Genossen des Staates zu bringen, um den Gliederbau der menschlichen Gesellschaft zu erhalten. Der ursprüngliche, bei der Ansiedlung oder Eroberung überkommene Grundbesitz sollte erhalten werden; daher das Verbot der Veräußerung des väterlichen Erbe, daher die Vererbung der Familiengrundstücke an die Söhne, oder in deren Ermanglung die Verheierathung der Töchter an die nächsten Anverwandten. Aus diesem Bestreben der ältesten Gesetzgeber floß auch die barbarische Sitte, daß nur gesunde Kinder am Leben bleiben dürften (Sparta), und entsprang die wichtige Bestimmung, daß nach Abfluß eines gewissen Zeitraums alle mittlerweile veräußerten Ländereien an die, solche ursprünglich erhaltenden Stämme und Geschlechter zurückfallen sollten (Israel). Aber in dieser Sorge des Staates für das wirthschaftliche Leben und den materiellen Wohlstand des Volkes blieb das Alterthum weit in der Kindheit der Entwicklung zurück: schon bei den Griechen waren Industrie und Gewerbe wenig beachtet, ja selbst den Ackerbau hat man den Sklaven überwiesen, um sich nur ganz dem Staate, dem politischen Leben und democratischen Treiben überlassen zu können. — Die ersten Anfänge der Völker-Bewegungen nach dem Untergange der alten Welt waren nur die Geburtswehen für die Bildung der germanischen Staaten, daher blieb auch hier das volkswirthschaftliche Leben im Hintergrunde. Aber aus dem Kampfe mit dem Faustrechte und den Wegelagerern entwickelte sich die Blüthe des Gewerbsfleißes in den Städten

des Mittelalters, erstand der thatenreiche Hansebund. Hierauf die langwierigen, blutigen Kriege, und in ihrem Gefolge wüste Staatsländereien, und weithin greifendes Elend. Da erwachte wieder das staatsväterliche Auge, die noch blutenden Wunden zu stillen. Hier fand man im Handel (Geld) dort im Ackerbau, und da in der Industrie und Arbeit das Heilmittel des nicht versiegen wollenden Jammers. So kam die ernste Aufgabe für das materielle Volkswohl an den modernen Staat. Jetzt kamen viele Heilkünstler an das Krankenbett des Jahrhunderts. Der in der Noth erfinderische Menschengeist, die von dem Christenthum genährte Humanität, und die immer vielarmiger um sich greifende Staatspolicei schufen die Versicherungs-Anstalten, die Colonieen, die Auswanderung, den Mäßigkeitsbund, die Abschaffung grundherrlicher Lasten, die Reform der Zunftverfassung, die Errichtung von Arbeits-Anstalten, die Anlegung von Corporations- und Fabrikcassen für die Unterstützung erkrankter und arbeitsunfähiger Arbeiter, die Sparcassen, die Brandassecuranz- und Lebensversicherungs-Anstalten, die Krankenhäuser, die Beschränkungsgesetze der Ansäßigmachungen, die Magazins- und Nothspeicher, die Abschließung von Handelsverträgen, die Ausbildung aller Communicationsmittel durch Communalwege, Landstraßen, Dampfschifffahrt und Eisenbahnen u. A. Zuletzt brach noch über den Staat die Drohung des Aufstandes der neuen Heloten herein, der Socialismus und Communismus, in deren Gefolge alles Privateigenthum vernichtet und die Menschheit in eine große Arbeiter-Colonie verwandelt werden soll, um das menschliche Elend vom Grunde aus zu bewältigen. So wahnsinnig dieser Gedanke ist, weil dieses System nicht begreift, wie auch in eine Gemeinschaft der Güter der Erde und Industrie sich das Talent und der Fleiß wie ein bedrohlicher Dämon einmischt, und die träumerische Gleichheit sofort wie-

der zerstören wird: so furchtbar zeigt er auf der andern Seite den schweren Ernst der Staats-Aufgabe, für die irdisch-sinnliche Existenz, für das materielle Wohl des Volkes stets rechtzeitig Sorge zu tragen.

3. Neben dieser Aufgabe der materiellen Erhaltung des Volkes durch zeitgemäße Beachtung der Interessen des Ackerbaues, des Handels und der Gewerbe, wie der Mittel ihres Flores, hat der Staat noch die Pflicht, für den materiellen Lebensschutz, für die Erhaltung seiner nationalen Selbstständigkeit. Diese Pflicht übt er in seinem Wehrsysteme. Dieses System hat sich in der Geschichte entfaltet theils im Institute der Söldlinge, theils der Hilfs- oder eigenen Truppen. Die beiden ersten haben sich nicht bewährt. In ihnen kämpft nur der Eigennutz, aber nicht die Begeisterung für den Heerd der Pennaten. Den Söldlingen dankt schon Carthago sein Verderben, und Italien im Mittelalter seine Mißgeschicke. Schon in Griechenland und Rom wurde darum der Soldat aus den eingeborenen Söhnen des Vaterlandes genommen, und auch im Mittelalter entwickelte sich das Wehrsystem aus den Gefolgschaften; die Gemeinden und der Gau zogen unter dem Grafen zum Heerbanne aus, und an ihn schloß sich sodann auch der Adel mit seinem Dienstgefolge und seinen Vasallen. Darum denn auch in der neuen Zeit das System der Nationalgarde (Landwehr) und der Conscription.

4. Außer diesem Berufe des Staates für die materielle Lebens-Erhaltung des Volkes, und den Lebensschutz seiner Nationalität, erscheint er auch als der Träger des geistigfreien Lebens seiner Menschheit und als Ordner der idealen Elemente, in welchen sich dieses Leben bewegt. Diese idealen Elemente aber offenbaren sich in Religion, Sitte

und Cultur. An der Pforte aller Staatengeschichte steht die Religion. Aus ihr hat sich alles Culturleben der Völker entwickelt. Darum ist auch die erste Staatsverfassung von religiösen Elementen getragen, die Theocratie ist die Urform der Staatsverfassungen. Das Priesterthum war Staats-herrscher, war Fülle und Mittelpunkt alles Staatslebens. Darum finden wir bei Völkern, namentlich bei den Israeliten und Hindu's, wo die ewige, uralte Gottes-Idee am tiefsten Wurzel geschlagen, und das Gottesbewußtsein aus der uralten Tradition am lebendigsten sich erhalten, die theocratische Staatsform am meisten ausgeprägt, und vorherrschend durch alle Perioden ihrer staatlichen Entwicklung. Auch noch bei den heidnischen Völkern ist der Heerd, an welchem man gemeinsame Mahle feiert, und die alten Stammgötter verehrt, zugleich der Mittelpunkt für die Berathung gemeinsamer (Staats-) Angelegenheiten geblieben, und bei allen wichtigen Staats-Ereignissen werden die Götter befragt. Als nun in der Fülle der Zeiten das Christenthum erschienen und unter blutigem Tode seiner Märtyrer zur Staatsreligion geworden, wurde auch es der Mittelpunkt aller Völkerbewegungen. Von ihm ging die Emancipation der germanischen Staaten aus. Das Sklaventhum hat es vernichtet, die Throne geheiliget, und dem modernen Staate durch das reine Feuer seines Gottesgeistes die Humanität gebracht. Als eine göttliche Gewalt hat es seine Ideen über die Liebe aller Menschen als Brüder, und die Gleichachtung aller Menschen über alle Staaten der Erde hin verbreitet, und dem Staate die Achtung jedes Individuums als einer Persönlichkeit, d. h. eines Ebenbildes Gottes achten gelehrt, aber auch den Staat als Gottes Willen, als Gottes-Ordnung den Völkern der Erde gepredigt. Darum soll auch im modernen Staate die Religion, das Christenthum der Mittelpunkt und die Seele aller seiner Bewegungen sein.

5. Mit der Religion innig verwandt sind die Kunst und die Wissenschaft, beide sind die Träger der Kultur. Die Kunst ist die äussere Verklärung der Religion, die Wissenschaft das innere Schauen der Religion. Beide sind daher Offenbarungen des religiösen Urbewußtseins der Menschheit, beide sind erst, wie die Religion heidnisch wurde, auch profan und weltlich geworden, beide finden daher ihr Endziel erst wieder in ihrer ursprünglichen Bestimmung. Bei den alten Völkern stand die Kunst darum noch im innigsten Zusammenhange mit dem religiösen Kultus. Die religiöse Kunst aber erreichte im Alterthume den Höhepunkt ihrer Entwicklung bei dem theocratischen Volke der Israeliten unter David und Salomon, gerade wie die profane Kunst die Blüthe ihrer Weltverherrlichung im Zeitalter Ludwig's XIV. erreichte. Bei den Griechen schon war sie profan geworden. Das, was der kunstsinnige Grieche an herrlichen Denkmalen der Dichtkunst der Nachwelt hinterließ, zeugt davon, daß ihre eigentliche Tiefe noch in den überkommenen Traditionen des Orients ruht. Man denke an Pindaros. Musik und Gymnastik waren die Blüthenzweige griechischer Kunst. Musik aber war Ton-, Rede- und Dichtkunst. Die Dichter waren der Griechen Propheten, Homer das Religionsbuch des griechischen Volkes. Der noch gottbegeisterte, tiefere Platon fühlte tief die Verweltlichung der Kunst. Darum wollte er keine Dichter in seinem Staate haben. Kunstverherrlichend war auch das Mittelalter. Es, als die erste Aera der neuen Welt begann wie der Orient mit Gemüth und Glauben; daher die großen, gottverherrlichenden Bauten, die innige Liebe der Poesie, die zu gottbegeisternden Thaten ruft. Die moderne Kunst hat sich wieder an der Mutterbrust der griechischen Kunst genährt, daher den schönen Formensinn mit deutscher Gemüthstiefe vermählt, auch Herliches geleistet.

6. Denselben Entwicklungsgang durchlief auch die Wissenschaft in ihrem Centralpunkte, d. i. in der Philosophie. Ursprünglich eins mit dem Gottesbewußtsein und immanent der Religion wurde sie später profan und stellte die Frage auf: ob es Götter gebe? Zumeist noch in Platon lebte der tiefere Nachklang der göttlichen Urideen aus dem Orient, daher er verlangt, daß die Philosophie durch ein tiefes Innenleben die Ideen oder Urbilder der Dinge wieder erzeuge, die sie in ihrem früheren unmittelbaren Verbande mit Gott geschaut: denn die sinnliche Wahrnehmung liefert nach ihm nur die Schattenbilder der Dinge. Aristoteles dagegen sah in der Erfahrung allein den Anfangspunkt unserer Erkenntnisse, von ihr allein steigen wir zur Erkenntniß des Allgemeinen empor. So sprach sich in Platon der Idealismus, in Aristoteles der Realismus aus, und beide wurden die Urkeime aller Philosophie. Dazu hatten die Eleaten die Keime pantheistischer Weltanschauung gelegt. Auf diesen Grundlagen baute das Mittelalter fort (Nominalisten und Realisten), so wie die neue Zeit diese Gegensätze in Descartes und Kant, in Locke, wie in Spinoza, Schelling und Hegel zur Spitze der Entwicklung trieb. Die Philosophie als der Höhepunkt aller Wissenschaft theilte ihre Richtung auch den übrigen Wissenschaften mit, daher auch diese dieselben Gegensätze durchliefen. So hat sie denn das geistige Leben zu allen Zeiten mächtig angeregt, die geistige Entwicklung gefördert, ein Hebel der Cultur.

7. Die Sitte endlich ist eine stille Macht, von Innen heraus sich gestaltend, gleichsam das Schaamgefühl des socialen Lebens. Unsichtbar sich selbst gebärend und kräftig fortwachsend hat sie, von der Religion bewacht, von der Kultur begleitet, überall eine ernste Gewalt in den Gruppirungen des öffentlichen Lebens entfaltet. Der ernste Römer hat ihr sogar

einen Staatswächter zur Seite gestellt — in dem Amte der Censoren[1]).

8. So sind also Agricultur, Gewerbe, Handel und das Wehrsystem die Träger des materiellen; Religion, Wissenschaft, Kunst und Sitte die Träger des idealen Lebens der Völker. Dieses Leben eines Volkes mit seinen sinnlich-geistigen Elementen bildet den Inhalt des Staates, daher das eine oder andere Element in den Staaten oft zur übergewichtigen Entwicklung kam, so daß man hier von einem Krieger-, dort von einem Handels- oder von einem Culturstaate gesprochen hat. Im Staate erzeugen aber diese Factoren seines inneren Lebens zuerst den Unterschied der Stände. Jeder, der einem Stande angehörig, ist zuglich Mitglied einer Familie, oder eine für sich selbst bestehende Persönlichkeit. Und so stellen sich sowohl der Einzelne im Staate, wie die Familien und Stände des Volkes dem Staate gegenüber, und er hat daher die Aufgabe, die Freiheit des Individuums, der Familien und Stände zu sich selbst, d. h. zur Staatsordnung in das Gleichgewicht zu bringen. Denn der Staat soll ja der Ordner, das geordnete Leben seines Volkes sein. Die Herstellung dieser Ordnung und des rechten Gleichgewichts zwischen der Freiheit und Ordnung bedingen zumeist die innere Staatengeschichte.

9. Dieser Gegensatz läuft alle Zeitalter hindurch, kehrt in allen Phasen der Völkergeschichte wieder, spiegelt sich selbst in den einzelnen Institutionen des Staates, und ist der

---

[1]) Ueber das Nähere dieser Staatsansicht vergl. mein Werk: Die Lebens-Elemente der Staaten. Würzburg 1844. S. 19—114.

letzte Grund der Erklärung aller inneren Veränderungen in der Staatenwelt. Abwechselnd lag das eine Princip mit dem andern im Kampfe, wobei bald das eine, bald das andere siegte oder erlag, und die verschiedenen Staatsformen entstanden. Im Oriente wurde die Theocratie durch den Despotismus der Kriegerkaste, in Griechenland die Democratie durch die Pöbelherrschaft verdrängt. Lange rang in Rom das conservative Element um seinen Fortbestand, als aber die democratische Gewalt dasselbe in Trümmer warf, stand Rom am Vorabende seines Untergangs. Im Mittelalter kämpften seine Stände mit dem Staate, in Frankreich ging ein starkes Königthum siegreich aus solchem Kampfe hervor, in Deutschland erlag ihm des Reiches altersgraue Majestät. Die Formen bestanden, so lange der ursprüngliche Geist in ihnen lebendig war; sie brachen, sobald die Psyche aus ihnen entfloh. Natürlich aber ist, wo die Menschheit noch am Aufgange ihrer Entwicklung steht, die Staatsordnung ihre erste und einzig nothwendige Führerin zu den Sonnenhöhen der Cultur, und wie sie nun da die Freiheit noch durch Strafen zügelt und in Bildern ihr die Gesetze des Lebens verkündet (Theocratie), so wird der reiferen Menschheit das Wort zum Geist, der todte Buchstabe zum Leben, die Strafe zum Gesetze (der christliche Staat).

10. Zwei Mächte sind es, die im Kampfe dieser Principien versöhnend auftreten, zwei Mächte sind es, die den Frieden dauernd verbürgen, die dem Individuum das rechte Maaß seiner Freiheit, dem Staate das Endziel seiner Ordnung gönnen und gewähren, und diese Mächte sind Christenthum und Recht. Das Christenthum hat um die Völker der Erde ein heilig Feuer angezündet, das sie alle durch seine göttliche Flamme läutert, und jeden nationalen Gegen=

satz in Humanität und Bruderliebe verzehrt. Nur durch das Christenthum ist daher ein Völkerrecht möglich, das keine andere politische Sanction, als eben nur der Lehre Christi bedarf. Eben so heiligt es auch den Staat nach Innen, zwischen Fürst und Volk und des Volkes Gliedern unter sich. Das Christenthum knüpft das Individuum an den Staat und die Bande zwischen beiden innerlich, das Recht aber äußerlich. Das Christenthum gibt dem Individuum die wahre Freiheit, das Recht aber gründet des Staates äussere Ordnung fest. Das Christenthum fordert vom Staate, daß er die Freiheit des Menschen als Ebenbildes Gottes anerkenne, damit der Mensch nach Gottes Willen sein ganzes, sittlich geistiges Leben zur höchsten Entwicklung (Vollkommenheit) zu bringen vermöge, es fordert aber auch vom Individuum, daß es des Staates Ordnung als Gottes Willen über sich anerkenne [2]. Recht im subjectiven Sinne ist darum das Maaß der Freiheit, das der Mensch im socialen Leben hat, und haben muß, um sein ganzes sinnlich-geistiges Dasein in der Coexistenz mit Andern zu entfalten, und um seine Bestimmung zur Ebenbildlichkeit mit Gott zu erreichen. Dieses Recht enthält somit schon an sich die Verpflichtung, das gleiche Maaß der Freiheit auch an Andern im socialen Leben anzuerkennen, da ein Mensch an dem Andern die Persönlichkeit mit Allem, was sich an sie bindet — Vermögen, Freiheit, Stand, Familie — zu achten hat. So ist dann Umfang und Gränze des subjectiven Rechtes in tiefstem Grunde der Wille Gottes, das Ethos, und nur, wenn dieser sein Inhalt ist, kann die Freiheit des Einzelnen mit der Freiheit Aller bestehen. Das Recht

---

[2]) Vergl. hierüber mein Werk: Die Perioden der Rechts-Philosophie. Regensburg 1842. §. 85—92.

im objectiven Sinne ist dann die im Staate und seinen Institutionen verwirklichte äussere Ordnung, die um des Zweckes des subjectiven Rechtswillens besteht, weil das Gesetz um des Menschen willen da ist, und auch der Staat einer höheren — der ethischen Ordnung — dient. Darum setzt das subjektive Recht die Herrschaft und Wirklichkeit des objectiven Rechtes voraus: das Individuum kann von seiner Freiheit nicht den rechten Gebrauch machen, wenn es nicht des Staatsschutzes genießt, und der unaufhörlichen, steten Verwirklichung der Staatsordnung nicht gewiß und theilhaftig ist. Darum schließt sich denn auch das Recht an das ganze materielle, wie ideale Leben des Staates und seiner Glieder an. Das Personen und Familienrecht schützt die Persönlichkeit und das Familienleben; die dinglichen Rechte sind zum Schutze der Rechte an Grund und Boden; das Obligationenrecht schützt und ordnet Vermögen, Gewerbe und Handel (Verkehr), das Erbrecht regelt alle Rechte noch über die Lebensgränze des Verstorbenen hinaus. Schutz, Ordnung und Wiederherstellung des (verletzten) Rechtes erscheint so als Aufgabe des Privatrechtes. Die Gewähr der Rechte aber, die dem Menschen mehr als sittlich-geistigen Wesen und als Mitglied des Staates selbst zukommen, z. B. Gewissensfreiheit, übernimmt das öffentliche Recht. Wo endlich eine Verletzung der beiderlei Rechte eintritt, die durch die Offenbarung des bei der Verletzung thätigen Willens den Character von Gemeingefährlichkeit annimmt, da tritt zur Wiederherstellung der im höchsten Grade bedrohten und angegriffenen Gerechtigkeit das Strafrecht des Staates als eine vergeltende Macht gegen den Verbrecher auf. Das Privat-, wie das öffentliche und Strafrecht gehen aber von der Staatsordnung, d. i. der Staatsbeherrschung aus, und so erscheint der Staat als ein (geographisch abgeschlossener) Organismus, mit der Bestimmung, unter der

Führung der Staatsbeherrschung und unter dem Schutze der Rechtsordnung das ganze materiell-geistige Leben seiner Menschheit (Volkes) zur höchsten Entfaltung zu bringen.

11. Das Endziel der Rechtsordnung des Staates aber ist die Gerechtigkeit. Die Gerechtigkeit ist die Ordnung und Wahrheit des socialen Lebens, die aus der ewigen Natur der Dinge fließt, als das in ihnen selbst niedergelegte Gesetz Gottes. Die Gerechtigkeit ruht daher auf der Achtung der Persönlichkeit des Menschen als Ebenbildes Gottes mit Allem, was sie bedingt und ihr angehörig ist, — durch den Staat, und auf der Achtung der Staatsordnung als des Willens Gottes durch das Individuum. Nur in der Anerkennung dieser göttlichen Beziehungen zwischen Individuum und Staat, und in der Heiligung beider durch den Willen Gottes liegt die wahre Bürgschaft beider, und die sicherste Gewähre ihres Bestandes und ihrer rechten Entwicklung. Jene, die Persönlichkeit des Menschen soll zur vollen Wahrheit werden, aber ihre Offenbarung und Entwicklung in dem irdischen Dasein sowohl, wie in Cultur, Sitte und Religiosität wird getragen durch die Ordnung des Staates. Darum liegt in der Rechtsordnung des Staates eine Nothwendigkeit, und das Recht selbst ist im leiblichen, wie im geistigen Verkehre der Staats-Angehörigen etwas Nothwendiges, welches der Staat durch Zwang aufrecht zu erhalten hat. Darum hat der Staat die Verletzung dieser Persönlichkeit durch Eingriffe in ihr materielles Dasein (Vermögen, Familienleben) wie in ihr geistiges (Freiheit, Ehre) und überhaupt in ihr Leben vorbeugend sicher zu stellen, oder wieder aufzuheben und durch die äussere Rechtsordnung den Frieden des socialen Lebens zu gewähren. Darin liegt der Beruf der Gerechtigkeitspflege, der wieder hestellend wirkt gegen Privatunrecht, strafend und

sühnend gegen das Verbrechen, wie gewährend und entschädigend auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes, letztres namentlich gegen Aneignungen der Staatsgewalt, z. B. des Privateigenthums für öffentliche Zwecke. Da ohne solche Wiederherstellung und Sühne, ohne solche Gewähre und Entschädigung die Persönlichkeit keinen Schutz finden, die Rechtsordnung keine Wahrheit werden kann, so muß jeder Mensch als Persönlichkeit gedacht, die Verwirklichung des Rechtes wollen: denn der Mensch, der Unrecht gethan, hat solches nicht vermöge seiner moralischen Freiheit, d. h. als Persönlichkeit verübt, sondern durch seine individuelle Willkühr, die, sich über die sittliche Freiheit hinaussetzend, selbstsüchtigen Trieben der sinnlichen Natur sich hingab. Die Gerechtigkeit ist das Wesen und die Würde der sittlichen Natur, Unrecht und Verbrechen aber das Erzeugniß der Sinnlichkeit, des Egoismus und der Leidenschaft. An jene schließt sich daher innerer Friede, an diese die Verachtung, die Strafe und die Execution. Die Gerechtigkeit fordert aber hier, daß Execution und Strafe nicht weiter gehen, als das Unrecht das wirkliche Recht verletzt hat, und das Verbrechen die öffentliche Ordnung störte. Jedes Uebermaaß verletzt die Persönlichkeit. Schuld und Strafe sollen gleich sein; auch das Urtheil im Civilproceß stellt nur das rechtliche Gleichgewicht wieder her, das vor dem Privatunrechte bestand. Die Persönlichkeit waltet nur im Rechte, die Willkühr allein macht sich des Unrechts und der Verschuldung theilhaft. Gerechtigkeit ist Ziel und Maaß der Restitution und Schadloshaltung, wie der Strafe. Und da nur der Wille es ist, in dem sich die Persönlichkeit äussert, und nur die Willkühr als Grund und Grad der Bestrafung denkbar ist, so muß diese Willkühr erst ermittelt und festgestellt werden, daher die Nothwendigkeit des wechselseitigen Gehörs im Civilprocesse, der Vertheidigung im Strafprocesse. Die

Achtung der Persönlichkeit und der Geist der Ordnung fordern darum auch, daß das Verfahren, um das Civilunrecht oder das Verbrechen zu ermitteln, und wieder auszugleichen, durch das Gesetz geregelt und geordnet sei. Solch' ein Verfahren ist der Proceß, und die Träger der in ihm gebotenen Ordnung, die Verwirklicher seines Zieles sind die Gerichte. Das Richteramt steht nur im Dienste der Gerechtigkeit. Der Richter ist das persönlich-gewordene Gesetz. Wie Gesetz und Recht über Alle stehen, nicht willkührlich gestaltbar sind, so sind auch dem Richter auf dem Rechtsgebiete Alle unterthan, und so ist auch der Richter über alle Willkühr erhaben, und daher die Unabhängigkeit des Richteramts das wahre Leben der Gerechtigkeit.

12. Der Richter hat keine Gewalt über die Partheien, sondern nur das Gesetz als die jezeitliche Norm, in welcher ein Volk nach seiner Kulturstufe die Gerechtigkeit erkannt hat. Seine Macht ist daher keine andere, als eine Macht des Gesetzes selbst. Wie aber das Gesetz über den Partheien waltet in verhüllter Gestalt, und als der Ausdruck der Gerechtigkeit jede Persönlichkeit gleich achtet, so muß der Richter als sein Organ diese Achtung auch an sich offenbaren, und die Unpartheilichkeit des Richteramtes ist daher die unmittelbarste Erscheinung, die erste Offenbarung, daß er den Willen des Gesetzes zu seinem eigenen Willen gemacht und nur dieses aus ihm spreche. Wie ferner der Richter keine Gewalt über die Partheien hat, und nicht über ihnen stehen darf, so fordert die Unabhängigkeit und Unpartheilichkeit nicht minder, daß der Richter auch nicht unter den Partheien stehe. Darum waren die Richter bei den Germanen Gleiche, Pairs (die Gemeinde, der Umstand), oder Standesgenossen (Lehengerichte u. A.) Aus diesem Gedanken floß bei uns die Unabsetzbarkeit der

Richter, der Richteramtseid, die definitive Anstellung, Verbot der Kabinetsjustiz u. A. Wenn das Gesetz Unpartheilichkeit vom Richter fordert, so muß es ihm auch die Unabhängigkeit seiner Stellung gewähren, damit er nicht versucht werde, in die Willkühr der Partheien zu fallen, sondern als sein, d. i. des Gesetzes Stellvertreter die Partheien gleich achte, weil er nur den Willen des Gesetzes vollzieht. Niemals mit der Machtvollkommenheit eines Menschen, steht er den Partheien doch überall und immer nur als das persönlich gewordene Gesetz gegenüber, mit dessen Ansehen er bekleidet, mit dessen Schwert er gerüstet ist, um seiner, des Gesetzes Herrlichkeit zu huldigen. Und wie vor dem Gesetze kein Ansehen gilt der Person, so auch nicht vor dem Richter. Der Richter achtet an Jedem dieselbe Persönlichkeit, dieselbe Menschenwürde, deren Träger vor Gott Alle sind. Darum ehrt er auch die Freiheit der Partheien im bürgerlichen Processe auf dem factischen Gebiete, weil die Thatsache, von welcher sie ihr Recht abhängig machen, zum Bereiche ihrer Persönlichkeit gehört. Er steht auch dem Verbrecher nur als der Vollstrecker des Gesetzes gegenüber, das nur über den Ueberführten die Strafe der Gerechtigkeit verhängt, daher sich an ihm keine andere Beschränkung seiner Freiheit rechtfertigen läßt, als welche die Gerechtigkeit gebietet, in welchem Gedanken die Verdammung der Folter, die gesetzliche Beschränkung der Verhaftung, das Verbot jeder psychischen Gewaltthat auch gegen Verbrecher ihre Begründung finden. Sie allein, die Gerechtigkeit ist ihm Ziel und Maaß seines Handelns.

13. Ist das Richteramt das Leben des Gesetzes, so folgt von selbst, daß aller Segen der Gesetzgebung allein auf der gerechten Organisation der Gerichtsbehörden und ihres Verfahrens beruht. Wenn dieser Organismus kränkelt, so ist auch

das Recht dem Siechthume verfallen. Der Erfolg des besten Schlachtplanes ist an den Muth und die Tapferkeit der Streiter geknüpft. Die wichtigste Aufgabe des Staates ist daher die rechte Organisation seiner Gerichte, nämlich der bürgerlichen Gerichte bei Streitigkeiten über Privatrechte, der Strafgerichte über Verbrecher, und der Staatsgerichtshöfe über die öffentlichen Rechte. Hier aber entsteht die Frage: auf welchen Grundlagen die geordnete Rechtspflege der Staaten beruhen, und welche Bürgschaften gegen Mißbrauch die Staaten errichten sollen? Im Allgemeinen kann man hier als Grundprincip aufstellen, daß es Zweck der Gerechtigkeitspflege sei, daß das wirkliche, materielle Recht wieder hergestellt, und bei Verbrechen die verletzte Gerechtigkeit wieder gesühnt werde. Aber dieses Princip, in seiner Allgemeinheit gedacht, gibt noch kein klares Bild für die Würdigung eines Codex der Gerichte. Es drängen sich vielmehr die weiteren Fragen auf: was kann der Richter verlangen, damit ihm selbst die Verwirklichung des Zweckes der Rechtspflege möglich, — und was kann die Parthei verlangen, damit diese Möglichkeit auch wirklich werde? Diese Fragen führen zur Analysis der Natur streitiger Rechtsfälle wie der Verbrechen. Die Factoren des richterlichen Verfahrens sind in beiden Fällen Thatsache und Recht. Eine Thatsache muß vorhanden sein, welche das Privat- oder das Strafrecht verletzt. Der Richter bedarf vor Allem der Gewißheit dieser Thatsache, und ein Gesetz, unter welche ihre Beurtheilung fällt. Seinen Richterspruch bedingt die Gründlichkeit seiner Einsicht in die Thatsache und das Recht. Die Parthei fordert aber, daß ihr die Möglichkeit gegeben sei, alle Thatsachen, die zur Geltendmachung ihres Rechtes dienen, der richterlichen Cognition zu unterstellen, sie fordert aber auch, daß sie auf dem kürzesten und am wenigsten kostspieligen Weg zur Wiederherstellung ihres angegriffenen Rechtes gelange. Die

Bedingungen einer geordneten Rechtspflege wären somit Gründlichkeit der richterlichen Entscheidung, Wohlfeilheit und Beschleunigung, wie ungesäumte Vollstreckung [3]). Allein auch mit diesen Schlagworten sind die Bedingungen einer guten Gerichts-Ordnung nicht gefunden: denn sie lassen die Fragen ohne Aufklärung, wie es sich verhalte, wenn der Richter das Recht irrthümlich auslege, die Thatsache fälschlich beurtheile? Worin, fragt man weiter, liegt denn die Bürgschaft, daß der Richter wirklich gründlich und gerecht urtheile? Mit dem Machtspruche allgemeiner Principien ist somit hier nirgends gedient, sie sind ein unsicherer Compaß auf nebelumschleierten Pfaden. Um die Kriterien zu finden, auf welchen der erhabene Dom der Gerechtigkeitspflege ruht, muß man tiefer zurückgehen in die Geschichte, und auf diesen Wanderungen die gerichtlichen Institutionen civilisirter Völker prüfen, um ihre gemeinsamen Grundlagen zu erkennen, und jene Einrichtungen zu finden, die bei Allen oder den Meisten, weil auf der ewigen Natur der Dinge ruhend, wiederkehren. Was dann sich in dem Strome der Jahrhunderte, weil in der Gerechtigkeit wurzelnd, bewährte, wird auch in Zukunft sich bewähren, was die Unbill der Zeit zerstörte, auferstehen, was die Zeit trübte, in ursprünglicher Reinheit wieder errungen werden. Denn, was die Wissenschaft in ihrem Wesen begriffen, das kann sie auch bemeistern und neugestaltend wieder beleben. Und so müssen auch hier Vernunft und Erfahrung die Baumeister an dem Tempelbau der Themis sein, wenn er

---

[3]) Vergl. Anselm Ritter von Feuerbach: Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Gießen 1821. S. 235. 236 und A. Buchner: Das öffentliche Gerichtsverfahren. Erlang. 1825. S. 226. §. 118.

künftigen Geschlechtern in immer größerer Vollendung erscheinen soll.

14. Der Grundgedanke aber, der den ganzen Gliederbau der Verfassung der Gerichte eines Staates durchdringen soll, ist die Gerechtigkeit, ihre volle Anerkennung vom Staate und von seinen Gliedern. Die Gerechtigkeit ist für beide ihr ewiges Lebensgesetz, von der Vorsehung selbst als das immanente Princip der sittlichen Weltordnung geoffenbart. Dieses Gesetz spricht sich schon in der sittlichen Natur des Menschen aus, seine Uebertretung, auch wo sie das Schwert des Staates nicht erreicht, muß er durch die Unruhe des Gewissens büßen; sie erzeugt, wie beim Individuum, so auch beim Staate, der die Gerechtigkeit verletzt, eine Desorganisation seines inneren Lebens und Friedens. Denn auch schon im Leben und in der Geschichte ist das Unrecht wie der Gang eines bösen Geistes, der über die Bühne der Weltgeschichte schreitet, mit schweren Folgen bedroht: Verachtung und Mißtrauen, wie das sichtbare Verkümmern alles Lebensglückes sind die Gefährden, welche die Nemesis an das Leben des Ungerechten schmiedet. Hier stürzt die Ungerechtigkeit Cäsar und sein weltbeherrschendes Römervolk, dort verfolgt sie Cromwell in seine schweigsamen Gemächer und verbannt Napoleon auf ein einsames Inselgrab. Dem Ungerechten ist schon die Weltgeschichte sein Weltgericht. Darum ist die Gerechtigkeit für den Einzelnen wie für den Staat eine wahre Lebensbedingung: denn wie die ganze Persönlichkeit des Individuums mit allen ihren Beziehungen der Freiheit, Sitte, Cultur, dem Vermögen, wie der Friede und die Sicherheit seines Lebens und seiner Familie, so ruht die Ordnung und Ruhe des Staates, die Gewähre der Verfassung, wie das ganze öffentliche Leben auf der Ordnung und Unabhängigkeit der Gerechtigkeitspflege. Vor

ihren Altar flüchtet die verfolgte Unschuld, und ihr Götterblick verscheucht jegliche Gewaltthat; zu ihr flüchtet der Bedrängte, und ihr Schwert schirmt ihn gegen jegliche Bedrückung; Hohe und Niedere, Reiche und Arme, Mächtige und Schwache gehen in den Tempel der Themis, und beugen sich ehrfurchtsvoll ihrem Spruche. Selbst der Staat unterwirft sich ihrem heiligen Walten. Denn keine menschliche Einsicht, nicht menschliche Willkür spricht von ihrem Throne, sondern eine höhere, unwiderstehliche Macht — das Gesetz und das Recht — die Grundsäulen aller Lebens- und Staatenordnung — herrscht und gebietet allein durch den Mund des Richteramts. Das Gesetz aber kennt keinen Unterschied der Person, es waltet wie ein Gott, vor dem kein menschliches Ansehen gilt, der mit ewig gleicher Waage Loos und Würdigkeit der Sterblichen abwägt und darüber entscheidet. Darum ist die Justiz ein heiliges Palladium, ein fester Anker voll Trost und Zuversicht der Einzelnen gegen ungerechte Gewalt, wie des Staates gegen Willkür und Frevelthaten Einzelner. Nur sie festigt das Vertrauen von Unten nach Oben, und schützt das gesetzliche Walten von Oben gegen die niederen Schichten des Lebens. Die Justiz ist die einzige sicherste Gewähre, der verlässigste Werkmeister, der den Staatenbau in seiner äusseren Gliederung zusammenhält; und selbst, wenn Aufruhr, Empörung und Gewaltthat den organischen Pulsschlag des staatlichen Lebens lähmen, wenn politische Stürme und trübe Geschicke das kecke Staatsschiff an unwirthbare Felsen schleudern: — selbst vom Abgrunde noch hebt den Staat die Gerechtigkeitspflege auf, und erneuert sein Dasein wieder mit verjüngter Lebenskraft. Darum der Ernst der Parömie: Justitia est fundamentum regnorum [4]).

---

[4]) Firmabitur justitia thronus regis. Proverb. XVI. 12. XXV. 5.

Zweites Buch.

Das Friedensgericht.

15. Gerechtigkeit soll Jedem im Staate werden, der sie, aber auch wie er sie verdient. Die Gerechtigkeit aber will nicht blos ein äusseres, formelles Recht, sie fordert vielmehr, daß das äussere Recht auch nach der ewigen Natur der Dinge Recht, daß es auch das innerlich-wahre, der sittlichen Ordnung harmonirende Recht sei oder es werde. Recht und Gerechtigkeit verhalten sich daher, wie das Leben zum Ideal. Das Recht muß sein, aber es soll auch zur Gerechtigkeit werden. Ein höheres Ziel ist allem Leben gesteckt, das sich über materielle Verdumpfung erheben will. Schon der ernste, von dem Ehrgeize und der Herrschsucht des politischen Lebens fast allein ergriffene Römer offenbart in seiner Rechtsbildung das mächtige Walten einer höheren Gerechtigkeit über dem starren positiven Rechte. Das prätorische Recht war der Abdruck dieses Kampfes, viele seiner Schöpfungen sind diesem höheren Bewußtsein entsprungen. Wenn daher auch unser Recht nach den irdischen Zuständen mehr ein formelles bleiben wird, da der Richter das innere Leben des

menschlichen Gemüthes nicht zu durchschauen vermag, so bleibt doch auch uns die Aufgabe, dem materiellen Rechte immer mehr den Sieg über das formelle Recht zu bereiten, und somit auch Institutionen in's Leben zu rufen, die diesem Ziele dienen. —

16. Die Gerechtigkeit ist die in den objectiven Lebensverhältnissen ruhende rechtliche Wahrheit. Als solche ist sie daher ihrem Wesen nach auch ethischer Natur. Soll daher das formelle Recht zur rechtlichen Wahrheit werden, so ist vor Allem erforderlich die sittliche Kraft und Begeisterung derer, die der Gerechtigkeit dienen, oder sich ihr für ihre Lebensverhältnisse unterwerfen, sodann aber auch die tiefe Macht der Intelligenz, um einzudringen in das Wesen der Verhältnisse und in die Natur der Dinge, und eine Gesetzgebung endlich, die mit dem Fortschreiten der Verhältnisse des Lebens in stetem Einklang steht. Näher betrachtet hängt die Vervollkommnung des formellen Rechtes durch die Aufnahme des materiellen Rechtes zunächst ab von der Sittlichkeit des Volkes. Auch ein formell-gesetzmäßiges Urtheil des Richters kann ein ungerechtes sein, wenn es auf der Voraussetzung der Wahrheit eines Eides ruht, der an sich ein Meineid war; das materielle Recht ist nicht zu vermöglichen, wenn eine Parthei wahrheitswidrig die Thatsachen läugnet oder entstellt, z. B. ein Angeschuldigter, der wirklich ein Verbrecher, wegen Mangels an Beweisen und seiner Abläugnung der That straffrei bleibt. In gleicher Weise ist auch der sittliche Charakter des Richters ein entscheidendes Moment in der Wagschale der Gerechtigkeit. Neben der Sittlichkeit geben auch die Cultur des Volkes und die Intelligenz des Richteramts den Ausschlag für den Sieg der gerechten Sache. Civilisirte Zeitalter haben ein gelehrtes Recht, dessen Inhalt bei der Abge-

schlossenheit der Stände des Volkes die Wenigsten sich aneignen können, über welches darum auch die Richter dem Irrthume unterworfen sind. Wer mag es darum verkennen, daß Mangel an Rechtsbildung, oder in der Kenntniß und Deutung des Rechtes dem wahren Rechte oft zum Nachtheile dienen? — Doch selbst wo das Ethos sich mit der Cultur, die Intelligenz sich mit dem Character vermählt, setzt die Natur oft den Gränzstein, der das Eindringen in das Gebiet des wirklichen Rechts versperrt, z. B. bei Erbschaftsstreitigkeiten oder Gränzverwirrungen, welche die Thatsachen nicht ermitteln lassen, deren objectives Dasein allein die Geltendmachung des Rechtes bedingt. Den Schlußstein bildet die Gesetzgebung, und ihre stete Fortbildung mit dem fortschreitenden Leben. Die Gesetze altern, wie das Leben, aber über beide bewegt sich der ewig bewegliche Strom der Geschichte. Wie daher ein jüngeres Geschlecht die Aufgabe der neuen Zeit begreift und sich in ihre Fluthen wirft, vor welcher das sorgsamere Alter bebt: so wird das alternde Gesetz dem neuen weichen, wenn seine Form die Macht der Zeit zerbrochen hat. So lange es aber doch besteht, wirkt es fort in alter Majestät, greift aber auch oft störend ein in die Ordnung der ihm fremd gewordenen Verhältnisse. Vieles hängt aber auch davon ab, daß die Gesetzgebung ihre fähigen, das Recht mit dem Leben fortbildenden Organe habe. Das prätorische Recht ging naturwüchsig aus dem Leben hervor, in der Kaiserzeit hatte die Gesetzgebung den Zusammenhang mit der Anschauung des Lebens verloren. —

17. So sind also die politischen und Cultur-Zustände der Völker, die Sündhaftigkeit der Menschennatur, und selbst die Natur der Dinge große Hindernisse für die stete Verwirklichung des materiellen Rechtes. Wer wird aber daraus

folgern, daß sie unüberwindlich sei? die Erkenntniß der Krankheit darf nicht zum Aufgeben ihrer Heilung führen. Aber aus solchem Bewußtsein erwächst uns die ernste und heilige Pflicht, die sittlichen Gebrechen in uns selbst zu tilgen, die Rechtsbildung zu erweitern, oder durch eine geordnete Rechtsvertretung zu ergänzen, und mit Institutionen uns zu umgeben, welche die Macht der Verhältnisse, wenn auch nicht überwinden, aber doch in gerechter Weise zu vermitteln und zu neutralisiren vermögen. Und zu solchen Institutionen gehören vor Allen die Friedensgerichte.

18. Friedensgerichte sind vorzugsweise Institutionen des christlichen Staates. Bestimmt, Processe durch Vergleiche zu erledigen, entfalten sie zunächst eine sittliche Wirksamkeit. Sie erkennen nicht über das starre, formelle Recht, sind nicht Richter, sondern nur Mittler, und darum ruht auch all' ihr Wirken auf dem Billigkeitsgefühle der Streitenden. Auf dieses vertrauend fällen sie ein Urtheil, wie es alle, Recht und Billigkeit liebenden Menschen fällen müßten, durchbrechen die Schranke des strengen Rechtes, suchen mit partheiloser Würdigung aller Verhältnisse in ihrem Ausspruche die Gerechtigkeit zu versöhnen, und verbrennen Zwietracht und Haß auf dem Altare der Bruderliebe. Wie die Gnade wirkt und waltet im Strafprocesse, als eine höhere Gerechtigkeit, welche des Verbrechers Schuld abwägt an dem Werthe des inneren Menschen, so ist des Friedensgerichtes Wirken vermittelnd zwischen dem positiven Gesetze und der Humanität, die über jenem steht. Wo das Recht daher klar und wahr, wo seine Verwirklichung keine Resultate erzeugt, die der Humanität oder der sittlichen Weltordnung entgegen sind, da greift der Beruf des Friedensgerichtes so wenig ein, als die Gnade ihre Milde spendet über eine schwarze Seele des Verbrechers. Aber auch

nur unter dieser Voraussetzung ist es eine edle Leidenschaft, für sein heiliges Recht Alles daran zu setzen, die nicht unterdrückt werden darf [1]). Ausser dieser Sphäre aber sollen Friedensgerichte im Interesse einer höheren Gerechtigkeit den ganzen Segen ihres Wirkens entfalten, also namentlich, wo nach der Natur der Einzelfälle das positive Recht zu hart oder mangelhaft, oder wo die Thatsache des Rechtsverhältnisses verworren, oder auch bei Klarheit des Rechtes oder der Thatsachen die Verwirklichung des Rechtes den höheren Anforderungen der Humanität und christlichen Pietät entgegen wäre. Bedeutungsvoll ist darum immer ihr präventiver Beruf in Streitigkeiten, deren Ausgang in Ansehung des Rechtspunktes zweifelhaft, in Ansehung der Thatfrage ungewiß, in Ansehung des Resultates unbillig wäre. Das freiwillige Opfer, das hier die Partheien im Tempel des Friedens darbringen, soll die wahre Gerechtigkeit mit den Mängeln irdischer Zustände und den Gebrechen positiver Rechtsordnungen versöhnen.

19. Friedensgerichte stehen darum an der Spitze einer geordneten Gerechtigkeitspflege des Staates, sie sind die Vorhalle in dem Tempel der Themis, und wer in ihr aus Frevelmuth das Opfer darzubringen verschmäht, der wird dem finsteren Geschicke nicht entgehen. Wirkend im Geiste ihres Berufes erscheinen Friedensgerichte als wahrhaft christliche Institutionen: Das Christenthum schließt den Ungerechten von der Theilnahme am Reiche Gottes aus, laut erhebt es seinen Tadel, daß Menschen als Brüder Processe führen, und will darum den Geist des Opfers und der Duldung [2]). Darum

---

1) Möser: Patriot. Phantasieen. IV. Nro. 30.

2) Paul. ad Corinth. VI. 6. 7. 8. 9.

ist es eine characteristische Erscheinung, daß das Alterthum zwar Schiedsgerichte, aber keine Friedensgerichte kennt. Es ist aber auch eben so wahr, daß, wo sie bestehen und berufstreu wirken, sie immer die tiefe Wahrheit des göttlichen Christenthums bewähren. Denn auch die glücklichsten Rechtsstreite haben wenigstens moralisch-unselige Folgen. Ueberall aber, wo in billigem Vergleiche die höhere Gerechtigkeit siegt, geht der Saamen des Friedens auf, während, wo nur das starre Recht den Gegner bewältigt, die Zwietracht, Haß und Rache verkündend, ein ganzes Leben nachfolgt. Processe rauben den Familienfrieden, rauben den Frieden im Leben der Gemeinden, sie fordern Vermögen, Gemüthsruhe und Gesundheit zum Opfer; sie lassen den Stachel bitterer Leidenschaft in der Brust zurück, der ewig am Frieden des Lebens nagt, und zerstören endlich in so Vielen den Glauben an die Menschheit, — was dann überall Mißtrauen säet und Mißtrauen erndtet. Oder kennt die im vermeintlichen Rechte gekränkte, durch das Unrecht stürmisch aufgeregte Leidenschaft eine Gränze? Und wenn sie diese Gränze überschreitet? Auch wenn sie Sieger wird, bleibt das zehrende Feuer über den ungerechten Sieg im zerstörten Gewissen zurück. Wie anders geht ein Sieger durch moralische Opfer aus dem Friedensgerichte hervor: er hat einen Privatvortheil verschmäht, dafür aber Haß und Leidenschaft aus dem Felde geschlagen und sich die Bruderliebe seines Feindes erobert, — ein moralischer Sieg, der wie ein Friedensvertrag auf's ganze Leben wirkt!

20. Friedensgerichte sind Versöhnungs-Institute, sie dienen der Sühne nicht nur unter den Gliedern des Staates, sondern auch zwischen dem irdischen und dem ewigen Rechte; sie sind darum auch Hebel der öffentlichen Gesittung und Träger der Eintracht und des Gemeinsinnes im Leben des

Volkes. Wer mag darum noch Zweifel hegen, daß es eine ernste, eine heilige Pflicht des Staates sei, Friedensgerichte zu organisiren, die solch erhabenen Zwecken dienen? Oder wer möchte die Pflicht der Staats-Angehörigen, sich vor Angehung des ordentlichen Richters vor dem Friedensamte zu stellen, bekämpfen? Diese Pflicht muß allerdings eine erzwingbare sein: denn sonst könnte man die Friedensgerichte umgehen und sie zum Schattenspiele erniedrigen. Darum muß das Erscheinen vor dem Vermittlungsamte als ausnahmslose Vorbedingung für den Beginn jeden Rechtsstreites gelten, wobei für Auswärtige die schriftliche Anmeldung oder das Erscheinen durch Bevollmächtigte genügt. Auch das klarste Recht kann von diesem Gesetze nicht befreien: denn entweder liegt die Weigerung seiner Anerkennung in der materiellen Unvermögenheit des Verpflichteten oder in seiner moralischen Verdorbenheit. Dort bliebe die Rechtsverfolgung ohne allen Erfolg, hier könnte Characterlosigkeit auch das beste Recht gefährden, was immer noch das moralische Gewicht des Friedensgerichtes beseitigen kann. Dagegen kann es keine Zwangspflicht geben, sich dem Ausspruche der Friedensgerichte zu unterwerfen: denn sie sind nur Mittler unter den Streitenden, und hegen nur ein moralisches Gericht über den inneren und sittlichen Gehalt des Streites, sie haben daher hier überall die Freiheit der Privaten zu achten.

21. Wer den edeln Beruf der Friedensgerichte im Auge hat, der kann hierin keine naturwidrige Beschränkung der Freiheit finden. Der Pflicht des Staates, Friedensgerichte zu organisiren und ihre moralische Macht zur Verhütung von Processen zu sichern, entspricht das Recht, durch das Gesetz die Uebung des Friedensamtes zur Vorbedingung jeden Rechtsstreites zu erklären, und wenn dieses im Geiste seines Be-

rufes wirkt, eine zweckmäßige Organisation es mit äusserem Ansehen bekleidet, und seine auch rechtzeitige Procedur verbürgt, so gehört es zu den segensvollsten Institutionen des öffentlichen Lebens. Es ist darum auffallend, wenn Feuerbach[3]), den Vermittlungsproceß vor dem Friedensgerichte für unausführbar haltend, den Durchgang durch das Vergleichsbüreau zum Gerichtssaale für nicht mehr, als für eine rein ganz zwecklose Förmlichkeit erklärt, oder wenn er behauptet, „daß es sich gar nicht rechtfertigen lasse, wenn das Gesetz ihn nöthigen wolle, mit seinem klaren unzweideutigen Rechte, wider welches ein boshafter Gegner sich auflehnt, statt geradezu vor den Richter, zuerst noch vor ein Vermittlungsamt zu gehen, und hier zuvor mit ihm handeln, ihm wohl gar etwas abdingen zu lassen." Auffallend sind diese Worte: denn zu Mäklerbuden sind die Friedensgerichte nirgends organisirt. Und das gehört ja gerade zu ihrer Aufgabe, für das wahre Recht in die Schranken zu treten, und die versteckte Bosheit, den schaamlosen Uebermuth, die freche Verschmitztheit, welche das klare Recht wider Wissen und Gewissen bestreiten, durch ihr moralisches Ansehen zu entwaffnen, und somit auch den Biedermann gegen künftige Chikanen zu sichern.

22. Auch Mittermaier[4]) ist den Friedensgerichten nicht sehr hold. Schon der Umstand, meint er, daß das römische Recht ausser den Fällen eines aussergewöhnlichen Eides und der arbiträren Klagen keine Vergleichsversuche kannte,

---

[3]) Feuerbach: Betrachtungen über die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege. Bd. II. S. 55. 56.

[4]) Mittermaier: Der gemeine deutsche Proceß rc. Bonn 1820. I. §. 12.

„sollte uns aufmerksam machen, daß das Institut noch eine „Seite habe, welche dasselbe für eine Gesetzgebung, die das „Recht und die höchste Freiheit achtet, nicht so empfehlens„werth macht.“ Aber wo Rom zurückblieb, müssen nicht auch wir zurückstehen, um so mehr, da wir uns des Instituts der römischen Prätur nicht erfreuen. Was war der Prätor anders, als ein ewiger Mittler zwischen dem harten Volksrechte und der aequitas des jus gentium? Ausfüllend die Lücken, und heilend die Gebrechen des nationalen Rechtes bereitete er dem auf dem allgemeinen, d. i. allen Völkern gemeinsamen Rechtsbewußtsein ruhenden materiellen Rechte immer mehr den Sieg, und war so in der That ein mit Jurisdiction bekleidetes Friedensgericht. Um so mehr bedarf auch der moderne christliche Staat eines Friedensgerichts, wenn auch ohne Jurisdiction, und das gerade ist bei uns seine Prärogative, daß es nur im Geiste christlicher Versöhnung wirkt, und die Gesetzgebungs- wie die Richteramtsgewalt sein rein innerliches Walten nicht zersplittern können. Es beruht daher auf einem Verkennen ihres Berufes, wenn Mittermaier Friedensgerichte für eine durch den Zweck des Rechtsstreites nicht gebotene, die Rechtsverfolgung verzögernde oder erschwerende Formalität erklärt. Wer freilich den Streit liebt, der will den Frieden nicht, und für ihn ist natürlich der Sühneversuch ein Alp, dessen er sich zu erwehren sucht. Aber die Gerechtigkeit will nicht Streit, sondern ein freiwilliges Anerkennen oder die Offenbarung dessen, was Recht ist, auch ohne Fehde und Kampf, somit auf der Bahn der Versöhnung; und darum sind Sühne-Aemter mehr als bloße Formen, vielmehr Träger der höheren Idee des Gerechten. Die Verzögerung liegt nicht in ihrem Wesen, sondern nur in einer fehlerhaften Organisation, welche die Gesetzgebung zu beseitigen hat. Und gerade die Erfahrung der jüngsten Decennien spricht ihr Lob, die Land-

straßen des Lebens sind mit dem Frieden ihrer Palmen geziert.

23. Auch die Einwendungen Puchta's gelten nur dem Mißbrauche, wenn er sagt[5]): „Nicht selten erscheint das Mittel des Vergleiches wie eine Art von Selbsthilfe, womit man sich der bittern Nothwendigkeit des Weges Rechtens zu entheben sucht. Viele Vergleiche haben ihren Grund in dem mangelnden Vertrauen auf zweckmäßige Rechtshilfe, und wer durch einen Vergleich gewinnt, wird künftig keine Scheu tragen, es auf Processe ankommen zu lassen" u. dgl. Alle diese Einwendungen zerfallen, wenn der Staat Sühnegerichte zweckmäßig organisirt. Wo gute Friedensgerichte bestehen, wird sie das Volk mit Stolz die seinen nennen, es wird Vertrauen ihnen zollen, und aus dem Vertrauen wird die Saat des Friedens keimen. Wer dem gefährlichen Kampfspiele des Processes näher in das Auge sieht, der kann die Würde und Bedeutung des Friedensgerichtes nicht verkennen: denn liegt dem Processe das Verhandlungsprincip [6]) in consequenter Ausbildung zu Grunde, so vertraut die Gesetzgebung zu viel der Rechtskenntniß des Volkes, das gerade in seinen untersten Schichten eines leitenden Richteramtes am meisten bedarf, daher hier leicht der Rechtsunerfahrene einem gewandteren Gegner zur Beute wird; herrscht aber das Untersuchungsprincip vor, so hat die Unpartheilichkeit des Richteramtes auf der mühsamen Fahrt gefährliche Klippen zu bestreichen, damit nicht das Schiff der Gerechtigkeit in Untiefen versinke, denn schwer hält es hier, das rechte Maß gegenüber der Freiheit der Par-

---

[5]) Dr. W. H. Puchta: Beiträge zur Gesetzgebung. Erlangen 1822. Ziff. 11.

[6]) Vgl. das 5. Buch.

theien zu halten. Die Untersuchungsmaxime setzt eine Göttergleichheit, eine Ueberschwenglichkeit der Charakterbildung der Richter, die Verhandlungsmaxime aber eine vollkommene Rechtsfähigkeit der Partheien, ein Volk von Juristen voraus, so daß beide zu naturwidriger Ueberspannung führen. Wer weiß daher nicht, daß Rechtsunerfahrenheit der Partheien, die Persönlichkeit und Stellung des Richteramtes, das ganze Gerüste des Processes selbst, welches auf Formen ruht, welche die strengste Sorgfalt der Partheien in Anspruch nehmen, daß die äusseren Stützpunkte zur Aufrechthaltung dieses Baues an Urkunden oder Zeugen, die so oft formell und materiell unverläßig sind, sowie endlich die Sündhaftigkeit der Menschen-Natur, die das klarste Recht gegen bessere moralische Ueberzeugung verläugnet, bekämpft und abschwört, — daß dieses Alles dem materiellen Rechte schwere Wunden schlägt, den Sieg der gerechtesten Sache ungewiß macht und fast täglich den Tempel der Themis mit dem Schwanenliede „summum jus summa injuria“ erfüllt? Eben so ist der Fund des leichten und wohlfeilen Rechtsschutzes, von dem Puchta spricht, ein schwer erreichbares Ideal der Zukunft, dagegen ein Gerechtigkeit liebendes Friedensgericht ein schon jetzt mögliches Ideal, um die Wirklichkeit mit der Idee zu versöhnen und als ein Bollwerk zu dienen gegen die Unfälle des Rechtskampfes, welche oft die beste Taktik nicht abzuwenden vermag. Darum ist endlich gegen Puchta der magere Vergleich besser, als ein Sieg, der den Verlust von Gemüthsruhe und Frieden, Gesundheit und Lebensglück, erschöpfte Finanzen und einen Besiegten ohne Land zu seinen Trophäen zählt.

24. Natürlich ist die große Wohlthat der Sühnegerichte für das Leben durch ihre zweckmäßige Organisation bedingt. Aber gerade das ist ein schweres Werk, an dessen

Aufführung Viele verzweifeln, und wozu die Doctrin, wie die Gesetzgebung verschiedene Baupläne liefern. Die erste Schwierigkeit liegt schon im Gliederbau der Friedensämter: denn sind nur Rechtsgelehrte seine Organe, so neigt sich die Schwerkraft ihres Wirkens auf die Seite des formellen Rechtes, die aequitas wird hier keine Vertretung finden; ist der Proceßrichter allein der Friedensrichter, so wird die Furcht gegen ihn größer sein, als das Vertrauen, weil er im Nichtvergleichungsfalle das Oberhaupt für den kommenden Rechtsstreit wird; sind endlich nur Männer des Volkes Mitglieder des Vermittlungsamtes, so fehlt ihnen die Fähigkeit, den Streitenden die rechtliche Natur und die rechtlichen Folgen des Rechtsstreites darzulegen, ihr Wirken hat so wenig Halt, als der vollendetste Bau der Kunst, wenn er fundamentlos ist. Nicht minder schwierig ist aber auch die Einrichtung des Verfahrens, die Organisation ihrer Procedur. Das Sühnegericht muß, um ein gründliches Urtheil fällen zu können, beide Partheien hören, ihre rechtliche Ausführung würdigen, aber eben so auch ihre Beweismittel kennen. „Es müßte somit, wie Feuerbach [7]) sagt, dem gerichtlichen Proceß ein um nicht viel weniger umständlicher Vermittlungsproceß vorausgehen, was doch unausführbar ist.“ Endlich aber liegt der Kern aller Kraft des Vermittlungsamtes in der sittlichen Begeisterung seiner Glieder, in der freudigen Hingebung an ihren Beruf und seine im Geiste ächten Freimuthes und wahrer Characterstärke getragene Verwaltung. Hierin aber liegen Potenzen, deren Bereithaltung ausser der Macht der Gesetzgebung liegen, die sie aber doch, wenn sie in's Leben treten, unterhalten und nähren kann, wenn sie das Friedensgericht mit öffentlichem

---

[7]) Feuerbach: Betrachtungen a. a. O. S. 56.

Ansehen rüstet, und sein hervorragendes, lebensfreudiges Wirken durch öffentliche Auszeichnungen ehrt: denn das Verdienst um den Frieden ist der schönsten Krone werth.

25. Damit aber im Voraus eine Bürgschaft bestehe, daß dieses sittliche Element im Friedensgerichte nicht fehle, hat die Gesetzgebung zu sorgen, daß nur Männer von absoluter Ehrenhaftigkeit Mitglieder im Friedensgerichte werden. Nur hierdurch wird auch das Vertrauen zu seinem Wirken genährt, welches der höchste Ehrenschmuck seiner Glieder ist. Ein Hebel dieses Vertrauens ist die Wahl. Der Friedensrichter muß die Persönlichkeit der Streitenden kennen, ihren Haß, wie ihre Liebe, ihr Glück, wie ihren Kummmer. Er muß ein Mann ihres Vertrauens sein, auf dessen Charakter und Gemüth, auf dessen Intelligenz wie Humanität sie mit Zuversicht und mit der festen Hoffnung aufblicken, er werde nach Recht und Billigkeit, mit partheilosem Gemüthe ihren Rechtsstreit schlichten. Darum sollen seine Glieder aus der Mitte der Gemeinde hervorgehen, und das öffentliche Vertrauen soll sich in ihrer Wahl offenbaren, den Gewählten soll ein stolzes Selbstgefühl ergreifen und beseelen, daß er zu den durch das öffentliche Vertrauen gewürdigten Ehrenmännern gehöre, und er soll sich dieses Vertrauens stets würdig zu halten suchen. Das Friedensgericht ist dann eine Pflanzschule der Ehre und des Wetteifers in den Tugenden des Gemeingeistes und der Charactergröße. Da aber die Würdigung des Streitverhältnisses selbst vor dem Friedensgerichte ohne Rechtskenntniß nicht möglich ist, so muß natürlich auch dieses Element im Sühnegericht vertreten sein. An einem guten Friedensgerichte muß nach der Natur der Sache immer wenigstens ein Rechtskundiger thätigen Antheil nehmen; er repräsentirt das objective, die Männer des Vertrauens das subjective Element, er betrachtet

das Streitverhältniß an sich, und mißt es an dem Gesetze, sie aber betrachten die Subjectivität der Streitenden, und wägen ihren Kampf ab an ihrer subjectiven Natur. Wenn dann nach dem Geiste des Berufes diese Elemente zusammengreifen, giebt es gewiß einen guten Klang. Ob und wie die Gesetzgebung hiernach ihre Friedensgerichte organisirte, wird das Nachfolgende bewähren.

26. Die Friedensgerichte in Frankreich sind keine ausschließlichen Sühnegerichte, und verloren auch durch Napoleon ihre collegiale Verfassung. Der französische Friedensrichter ist ein Einzelrichter, er hat in geringfügigen Sachen Civiljurisdiction, bekleidet Functionen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, ist Präsident des Familienraths, und Gehilfe des Staatsanwaltes in Strafsachen, und übt endlich das Vermittlungsamt in allen zur Competenz der ordentlichen Gerichtshöfe gehörigen Streitsachen, bei welchen keine Klage angenommen wird, ohne daß die Partheien vor das bureau de conciliation geladen wurden, oder freiwillig vor ihm erschienen sind. Der Friedensrichter muß 30 Jahre alt, Franzose, freien Standes und im Besitze bürgerlicher Rechte sein. Die Cantonsbürger wählen zwei Candidaten, der König ernennt Einen von ihnen auf zehn Jahre. Der Friedensrichter braucht kein Jurist zu sein, er darf nur kein richterliches Amt bekleiden, kein Advokat, Procurator, Notar, Mitglied des geistlichen Standes, oder Inhaber eines öffentlichen Rechnungs- oder besoldeten Lehramtes seyn.[8]) Er ist nach Gutdünken entlaßbar.

27. Eine Schattenseite dieses Instituts ist es, daß der Friedensrichter nicht nothwendig Jurist sein muß. Wie kann

---

[8]) Vgl. Carre: le droit francais dans ses rapportes avec la Jurisdiction des Justices de paix. 1829.

man ihm richteramtliche Functionen, oder die Uebung des Vermittlungsamtes in allen, also auch den wichtigsten Rechtsstreiten übertragen, ohne daß man von ihm rechtswissenschaftliche Studien und Proben, oder juristische Befähigung und Kenntniß des bürgerlichen Rechtes und Verfahrens fordert? Er soll Processe vermitteln, mögen sie in den factischen Verhältnissen oder der Rechtsfrage noch so verwickelter Natur sein, ohne daß er im Bereiche der Gesetze oder des gerichtlichen Verfahrens bewandert ist: wie kann er das Vertrauen der Partheien im Voraus schon für sich haben, er, der nach dem Gesetze schon für unfähig erklärt ist, wichtigere Streithändel als Richter zu entscheiden? [9]) Nicht minder wird es als ein Gebrechen gerügt, daß man Avoués vor das Versöhnungsbureau bringen kann, da es natürlich im Interesse solcher Bevollmächtigten nicht liegen kann, einen Vergleich einzugehen; wer ferner nicht vor dem Sühneamt erscheinen will, der kann sich dessen entschlagen, wenn er die auf das Nichterscheinen gedrohte Strafe von zehn Franks entrichtet, so daß man also durch Erlegung der Strafe den Zweck des Gesetzes umgehen kann. [10]) Dennoch spricht man sich günstig von den Erfolgen des friedensrichterlichen Wirkens. Von 97,838 im Jahre 1834 vor das Versöhnungsbureau zur Vermittlung gebrachten Sachen wurden gegen 38,454 verglichen. [11]) Solche Erfolge sind aber mehr als Ausflüsse des sich Hochachtung und Vertrauen verdienenden persönlichen Charakters einzelner Friedensrichter zu betrachten.

---

[9]) Ziegler, Referendär im Justizministerium zu Karlsruhe, in der kritischen Zeitschrift für die Gesetzgebung des Auslands, Bd. V. n. 14, und Feuerbach a. a. O. II. S. 51 ffg.

[10]) Feuerbach a. a. O. S. 52.

[11]) Golbery im Staatslexicon V. S. 798.

28. Das Gesetz vom 7. Juni 1838 hat ihre Competenz mannigfach erweitert, und ihnen viele Streitfälle, worin vorher die Tribunale erster Instanz competent waren, überwiesen; nur für die vor diese Gerichte gehörigen Streitfälle war durch die Civilproceßordnung die Ladung zum Sühneversuche geboten, es hätte daher eine ausdrückliche Bestimmung des neuen Gesetzes sein sollen, daß bei jenen durch das neue Gesetz den Friedensrichtern überwiesenen Streitsachen dennoch der Sühneversuch nach wie vor vorzunehmen sei, was unterblieb. Eben so kann nach Art. 17 des neuen Gesetzes in Streitsachen, außer denjenigen, worin Gefahr auf dem Verzuge haftet, oder wo der Beklagte außerhalb des Cantons wohnt, der Friedensrichter dem Gerichtsboten seines Gerichtssitzes verbieten, Ladungen zu insinuiren, bevor er die Partheien kostenfrei zu einem Sühneversuche vor sich berufen hat. Diese Bestimmung konnte auf dem Lande wohlthätige Wirkungen äußern, weil hier selten Avoués die Partheien vom Vergleiche abhalten können, aber das Gesetz stellte hier blos ein Gebot für den Gerichtsboten, keine Zwangspflicht für die Partheien auf, die somit auch nicht gehalten sind, auf die einfache Berufung sich vor dem Friedensgerichte zu sistiren, und somit die wohlmeinende Absicht des Gesetzes umgehen können. [12])

29. Der Friedensrichter in England hat kein Sühne-Amt, sondern eine öffentliche Charakter-Rolle. Wie ursprünglich aller Schutz des Friedens in der Volksgemeinde lag, und in der Gesammtbürgschaft seine Sicherheit fand, so wurde dieser, nachdem er in England an den König überging, durch

---

[12]) Advokat Foelix in Mittermaier's krit. Zeitschrift für die Gesetzgebung des Auslands Bd. XI. 1839. Z. I.

seine Beamten gewährt.[13]) Der König wurde und ist der oberste Friedensrichter im Reiche, der englische Friedensrichter hat diesen Königsfrieden in seinem Gebiete zu handhaben, und erscheint so als der Bewahrer des inneren Friedens. Erst in späterer Zeit fiel die Policei, Civil- und Strafrechtspflege, Erhebung öffentlicher Abgaben, Mitwirkung für militärische Zwecke, die Verwaltung des Grafschafts-Vermögens in den Geschäftskreis seines Wirkens, das Vermittlungsamt gehört nicht in dessen Sphäre. Seine Stellung und Würde ruht auf seiner öffentlichen Ehre und dem Vertrauen, er gehört in diesem Staate zu den Grundfesten des politischen Lebens.[14])

30. In den Rheinlanden sind die Friedensgerichte mit geprüften Juristen besetzt, und es herrscht über ihr segenreiches Wirken im Vermitteln von Rechtsstreiten nur eine Stimme. Erwägt man aber, daß es sich bei einem Sühnegericht nicht blos darum handelt, daß die Partheien einen rechtsgelehrten Bescheid erhalten, daß vielmehr die wahre Sühne auch die aequitas zu beherzigen habe, so leuchtet ein, daß ein Sühnegericht auch Männer des Vertrauens, die kraft ihrer sittlichen Autorität auch auf sie zu wirken vermögen, in seiner Mitte haben müsse. Diesem Principe ist in Bayern gehuldigt[15]), wo die Gemeindeverwaltung, als eine durch die Wahl der Gemeindeglieder zur Verwaltung der Gemeinde-Angelegenheiten berufene Körperschaft, das Vermittlungsamt zu üben hat, so daß also hier Männer des Vertrauens und der persönlichen Bekanntschaft mit den Partheien die Vergleiche

---

[13]) Phillips: englische Reichs- und Rechtsgeschichte §. XXXI.

[14]) Vinke: Darstellung der innern Verwaltung Großbritanniens. 1815. S. 15—71.

[15]) Vgl. Ziff. IV. §. 120 des bayer. Gem.-Edikts vom 17. Mai 1818.

versuchen. Und auch hier haben die Vermittlungsämter, zumal durch kräftige Persönlichkeiten unterstützt, Fülle des Segens gespendet, aber auf dem Lande ist auch in ihnen das Element des Rechtes nicht vertreten. In Würtemberg versucht die Sühne in der Regel der Ortsvorsteher allein, doch steht es ihm, oder den Partheien frei, zum Sühneversuch alle oder einige Mitglieder des Gemeinderathes beizuziehen. Der Ungehorsam im Erscheinen vor dem Sühnegericht wird durch Geldstrafen und Ersatz der dem Gegner veranlaßten Kosten gebüßt. Der Kläger erhält alsdann, um seine Klage vor dem ordentlichen Gerichte zu erheben, von dem Sühnegerichte ein Zeugniß über vergebliche Betretung des Vergleichsweges. So auch in Bayern. Aber es liegt hierin eine zwecklose Milde des Gesetzes. Wer vor dem Vermittlungsamte nicht erscheint, beurkundet allerdings seine Absicht, daß er sich nicht vergleichen wolle, und jeden Vergleichsversuch verschmähe. Da aber das Friedensgericht ihn zu einem Vergleiche nicht zwingen kann, und sich, um ihn zum Vergleiche zu vermögen, keines irgendwie illegalen Mittels bedienen darf, so ist nirgends seine Freiheit beeinträchtigt, wenn das Gesetz sein Erscheinen vor demselben als Zwangspflicht erklärt. Ohne diese werden die Friedensämter oft in denjenigen Fällen, wo ihre Wirksamkeit am meisten Noth thut, zur Illusion, und ihr Zweck fordert somit die Aufstellung jener Zwangspflicht als eine, durch die Wesenbestimmung der Friedensgerichte nothwendig gebotene Pflicht. Und wie Viele, die in der Vorhalle des Sühneamts den Gedanken fest hielten, einen Vergleich nicht einzugehen, schloßen in ihm einen solchen mit Freudigkeit ab! Wer ferner in der Verfolgung eines Rechtes, oder in der Verweigerung der Anerkennung des Rechtes eines Andern Arglist im Schilde führt, hat vielleicht schaamlosen Muth genug, seine geheimen Plane vor dem Civilrichter, welcher

seine Persönlichkeit nicht kennt, unter dem Deckmantel des formellen Rechtes in der Larve eines Ehrenmannes zu verfolgen, während ihm das Friedensgericht, vermöge seiner genauen Wissenschaft der persönlichen und Familienverhältnisse der Gemeindeglieder, leicht die Maske abzieht, und er es nicht wagt, vor dem eigenen Gemeindekörper, in dessen Mitte er lebt, und Angesichts der öffentlichen Meinung seiner Gemeinde mit offenem Visire einem Biedermanne aus nichtigen Gründen den Krieg anzukündigen. —

31. Kömmt in Würtemberg ein Vergleich zu Stande, so wird hierüber ein kurzes Protocoll geführt, in wichtigeren Fällen werden die Partheien zum Notare verwiesen oder über die Nothwendigkeit gerichtlicher Insinuation der Vergleichs-Urkunde belehrt. [16]) Zweckmäßiger aber ist es, gutorganisirte Friedensgerichte für öffentliche Behörden zu erklären und ihren Urkunden die Kraft öffentlicher Documente zu geben. In Dänemark haben die Friedensämter eine collegiale Verfassung, indem sie in den Städten aus einem Mitgliede des Gerichtshofes, einem Magistratsgliede und einem Bürgerabgeordneten bestehen, während in den Landstädten und auf dem Lande dieselben nur aus zwei Mitgliedern des Bürgerausschusses und aus Amtsmännern bestehen, ohne daß hier das juristische Element in ihnen repräsentirt ist. Aehnlich wie in Dänemark bestehen auch in Norwegen Vergleichscommissionen, in Preußen dagegen hat man die collegiale Verfassung derselben nicht adoptirt; hier besteht nämlich seit dem 7. September 1827 das Schiedsmanns-Institut, wobei auf 2000 Seelen ein gewählter Friedensrichter kömmt; dieses Schiedmannsinstitut

---

[16]) Würtemberg. IV. Edikt über die Rechtspflege der untern Instanzen vom 31. December 1818 §. 16—30.

wurde auch in Sachsen-Meiningen, jedoch mit Modificationen, seit 1835 eingeführt. [17])

32. Der unverkennbar wohlthätige Einfluß dieser Institutionen auf das Leben ist somit in der Praxis eben so anerkannt, als ihre verschiedenartige Organisation in den einzelnen Staaten beurkundet, daß man über ihre rechte Gestaltung noch nicht im Reinen ist. Darum bleibt diese immer noch Aufgabe für die Gesetzgebung und die Wissenschaft. Zu den neueren Bestrebungen in diesem Sinne gehört der Vorschlag des badischen Landtags-Abgeordneten C. Th. Welcker's [18]); das Volk soll nach gewissen Bezirken Männer seines Vertrauens wählen, welche aus Bürgerpflicht sich freiwillig dem Vermittlungsberufe unterziehen, und deren Wahl der Bestätigung der Regierung unterliegt. Die Bezirke dürfen nicht zu groß am Umfange sein, damit man aus ihnen den Mann seines Vertrauens herausfinden, und er selbst ohne schwere Ueberbürdung seinem Berufe sich hingeben kann. Auf 3000 Seelen kömmt bei dichterer Bevölkerung ein Friedensrichter, welchen der Gemeinderath mit dem Bürgerausschuß vereinigt wählt; wenn aber eine Gemeinde keine 3000 Seelen hat, so mögen mehrere Gemeinden zusammentreten. Der Gewählte kann ein Jurist, ein Geistlicher, ein Gutsbesitzer oder ein schlichter Bürger sein, doch muß er 25 Jahre alt, staatsbürgerliche reine Ehre, selbstständigen Lebens-Unterhalt und seinen Wohnsitz im Bezirke haben, so wie fähig sein, ein einfaches Rechtsgeschäft zu Papier zu bringen. Die Einführung dieses Instituts in den Staatsorganismus soll ohne allen Zwang geschehen. Der Kläger, der den Vergleich wünscht, kann da-

---

[17]) Staatslexicon VI. S. 133—150.

[18]) Staatslexicon a. a. O.

her die andere Parthei vorladen lassen, erscheint sie aber nicht, so hat sie die Kosten der vereitelten Tagfahrt zu tragen. Nur in gewissen, das persönliche Verhältniß der Streitenden besonders angreifenden Processen, z. B. zwischen Nachbarn, Familiengliedern, der Herrschaft und dem Gesinde soll man die Betheiligten doch anhalten können, bei ihrem geachteten Mitbürger den Vergleich zu versuchen. In der Regel soll der einzelne Friedensrichter allein wirken; in besonders wichtigen Processen aber haben, um dem Vertrauen der Partheien mehr zu huldigen, die drei benachbarten Friedensrichter zum Zwecke der sicherer zu erwirkenden Vermittlung zusammenzutreten, da die Collegialität hier intensiver wirken kann.

33. In Preußen haben sich die Partheien unbedingt an den Schiedsrichter des Distrikts zu halten, in Sachsen-Meiningen können die Partheien nach freier Wahl sich in einem großen Bezirke über einen Friedensrichter vereinigen. Welcker will als Regel das Festhalten an dem Friedensrichter des Distrikts, weil er eine größere Vertrautheit mit den Verhältnissen der Partheien besitzt, als der aus einem größeren Bezirke gewählte Schiedsmann, dessen Last, wenn er Allen dienen sollte, für ihn zu groß, so wie die Einigung über einen Friedensrichter unter Mehren selbst zu schwer und unsicher werden könnte. Doch soll auch hier die Freiheit der Privaten nicht verkümmert werden, wenn sie sich über einen auswärts wohnenden Friedensrichter mit dessen Zustimmung vereinbaren. Der Friedensrichter unterzieht sich auf drei Jahre aus Bürgerpflicht seinem Berufe, ist wieder wählbar, ohne bei der zweiten Wahl zur Annahme verbunden zu sein, und kann die Wahl ablehnen aus Gründen, die ein Vormund für sich geltend machen kann. Aber er hat das Amt unentgeldlich zu verwalten, und hat, wie dieß auch in England, Dänemark,

Preußen und Meiningen anerkannt ist, Ersatz für baare Auslagen, Reisekosten und gewisse Ein- und Abschreibgebühren.

34. Das Verfahren selbst soll einfach sein; die Partheien können Freunde, aber keine Advokaten mitbringen, theilen ihre Beweismittel mit, und der Friedensrichter macht hierauf billige, beiden Theilen vortheilhafte Vergleichsvorschläge. Der zu Stande gebrachte Vergleich wird in ein Buch eingezeichnet, von den Partheien und dem Friedensrichter unterschrieben, und ist alsdann vollziehbar. Der Ausspruch des Friedensgerichts soll kein Urtheil im Sinne des formellen Rechtes sein, es soll vielmehr eine freiwillige Vereinigung bewirken nach dem, was es selbst, wie die Partheien in gehöriger Gemüthsstimmung, oder andere Ehrenmänner für eine, der natürlichen Billigkeit zusagende, jedenfalls für eine dem langen, theueren und ungewissen Processe vorzuziehende Beendigung anerkennen. Es soll daher zunächst einen moralisch-gerechten, moralisch befriedigenden Vergleich bewirken, der beide Theile in ihrem Gewissen beruhigt, und wahrhaft versöhnt, daher muß es vor Allem das sittliche Gefühl und eine versöhnliche Gesinnung erwecken. Dabei erkennt Welcker an, daß, wenn in einem Friedensgerichte einseitig nur das juristische Element walte, die formelle Rechtsansicht leicht das Uebergewicht erhalten und die natürliche Billigkeit verdrängen könne, während er nicht verkennt, daß die juristische Kenntniß durch Darlegung der Gefahren und der Eventualitäten des Processes überhaupt vortheilhaft wirken könne.

35. Durch diese an sich wahre Ansicht schlägt aber Welcker seinen Entwurf selbst auf's Haupt. In sein Friedensgericht sind eben so Juristen, als Gutsbesitzer, wie Geistliche und schlichte Bürger wählbar; fällt nun die Wahl auf einen Juristen, so ist, da sein Friedensgericht als Regel keine

collegiale Verfassung hat, offenbar das juristische Element allein in ihm vertreten, welches doch hier nach seiner Ueberzeugung ausschließlich allein nicht wirken soll, weil es das Vorwalten versöhnlicher Gesinnung weniger vermöglichet. Fällt aber die Wahl auf einen schlichten Bürger, Gutsbesitzer u. A., so fehlt dann gänzlich das juristische Element, welches doch nach Welker durch Darlegung der möglichen Schicksalsloose des Processes das Gemüth leichter zum Vergleiche bestimmen kann. Wenn man ferner die Stellung des Friedensrichters in's Auge faßt, welche eben so nothwendig Menschenkenntniß, Rechtskunde, somit höhere Bildung, als unbescholtenen Character erheischt, so ist es schwer begreiflich, wie Welcker von seinem Friedensrichter nur die Fähigkeit verlangen konnte, daß er ein einfaches Rechtsgeschäft zu Papier bringe. Welche Rolle wird solch ein Friedensrichter, z. B. ein schlichter Bürger, bei verwickelten Rechtsstreiten spielen? Auch Welcker ist ferner nicht für die Nothwendigkeit des Erscheinens vor dem Sühnegerichte, die wir in vollem Maße anerkennen sollten, selbst wenn die Staats-Angehörigen aus verschiedenen Bezirken Processe führen, weil, wenn diese auch in weitern Kreisen des gesellschaftlichen Lebens ihre Wallungen verbreiten, doch auch hier der Versuch des Friedens denselben hohen und heiligen Zweck verfolgt. —

36. Die Zergliederung der Elemente des Wirkens führt von selbst auf eine naturgemäße Organisation des Friedensgerichtes. Soll es namentlich in Processen wirken, welche in Ansehung der That- oder Rechtsfrage ungewiß oder zweifelhaft sind, so muß in ihm die juristische Thätigkeit vertreten sein; soll es aber durch seine sittliche Auctorität auf die Gemüther wirken, so muß es diese Gemüther kennen, aber auch im vollen Besitze ihres Vertrauens sein. Es muß daher auch

ein persönliches, auf Vertrauen in die sittliche Würde ruhendes Element walten. Seine bestimmungsgemäße Organisation fordert darum eine collegiale Bildung. Das Element des formellen Rechts ist mit dem prätorischen Elemente der aequitas naturalis in ihm geeiniget, aber der wahre Sinn der Sühne fordert, daß das prätorische Element eine stärkere Vertretung in ihm finde. Darin liegt eben seine ideale Bedeutung, die Partheien auf die Sonnenhöhen der wahren Gerechtigkeit und christlichen Versöhnung zu erheben, nicht aber ein juristisches Drama aufzuführen, dessen Ende der Sieg des formellen Rechtes wäre. Das juristische Element wirkt dem Compaße gleich in ihm, damit es nicht auf schwankenden Wogen in's Ungewisse steuere, damit sein subjectives Dafürhalten auch ein objectives Richtmaß habe und nicht in Regellosigkeit entarte.

37. Zu seiner äusseren Gliederung ist darum nothwendig, daß seine Mitglieder aus freier Wahl des Vertrauens hervorgehen, daß die Theilnahme an diesem Amte im öffentlichen Leben als eine Sache der Ehre, das Amt als Ehrenberuf geachtet, und daß es, ausser dem Ersatze wirklicher Auslagen oder Kosten, unentgeldlich bekleidet werde. In den Städten geht es daher durch die vereinigte Wahl des Magistrats (Gemeinderaths) und der Gemeindebevollmächtigten (Bürgerausschüsse) hervor aus den rechtskundigen Einwohnern (Advokaten ausgenommen), so wie aus den übrigen Ständen, in jedem Falle unter der Voraussetzung absoluter Ehrenhaftigkeit des Gewählten. Dem Friedensgerichte bleibt es unbenommen, zu sich Männer seines Vertrauens und seiner Wahl z. B. Geistliche, Verwandte der Streitenden, Nachbarn derselben beizuziehen, welches Recht man den Partheien selbst bewilligen muß, die solche Männer ihres Vertrauens dem

Sühnegerichte namhaft machen, und welche dieses zu sich bescheiden soll. Je nach der Größe der Bevölkerung kann das Friedensgericht in Städten aus einem oder zwei rechtskundigen, und aus der doppelten Zahl der Mitglieder aus den übrigen Ständen gebildet werden. Auf dem Lande üben solche Wahl die Gemeinde-Ausschüsse, mehre Gemeinden können in der Wahl eines rechtskundigen Mitgliedes sich vereinigen. Auf keinen Fall kann der künftige Proceßrichter Mitglied des Sühnegerichts werden. Die Reisekosten der Mitglieder auf dem Lande, wenn mehre kleinere Nachbargemeinden zusammentreten, sind auf die Gemeindecasse zu übernehmen, weil das Friedensgericht einem den Gemeinden gemeinsamen Interesse dient, und jedes Gemeindeglied auch solches in Anspruch nehmen kann. Es versteht sich von selbst, daß diese Wahlen, wie Gemeindewahlen der Genehmigung der Regierung bedürfen, und daß die gewählten Friedensmänner durch die Regierung zur gewissenhaften Uebung ihres Berufes vereidet werden. —

38. Ist das Friedensgericht nach den, seine Wirksamkeit bedingenden Elementen organisirt, so fordert es auch eine zweckmäßige Einrichtung des Verfahrens für sich. Wenn man es ihm versagt, in das Innere des Rechtsstreites zu dringen, so kann es auch keinen, der wirklichen Sachlage gemäßen, keinen dem wahren Rechte harmonirenden Ausspruch fällen. Damit aber die wirkliche Rechtsverfolgung vor dem ordentlichen Richter nirgends aufgehalten sei, so muß das Verfahren vor dem Sühnegerichte nothwendig ein *summarisches* sein; die Partheien erscheinen sogleich in der vollen Rüstung ihrer Beweismittel vor dem Friedensgerichte, es nimmt Einsicht von ihnen, verhört Zeugen, nimmt Augenscheine vor, aber *keine Eide ab*, um dem künftigen Pro-

cesse in keiner Weise vor= oder in sein Schicksal bestimmend einzugreifen. Die Akte, die das Friedensgericht vornimmt, haben darum auch durchaus keinen proceßualischen Charakter: ein Geständniß vor dem Friedensgerichte bindet nicht, und beweist nichts für den etwa kommenden Proceß, und ist so= mit für diesen so wenig präjudiciell, als das Geständniß, welches ein Inquisit seinem Vertheidiger ablegt, für ihn je auch nur als Anzeige der Schuld vor dem Gesetze gelten könnte. Würde man diese Beschränkung nicht machen, so würde die Unbefangenheit der Partheien darunter leiden, das Friedensgericht könnte leicht zu einem Proceßgerichte entarten; darum soll die Procedur vor ihm keine andere sein, als die aus seinem Wesen quillt, nämlich patriarchalisch ermittelnd und vermittelnd, darum liegt ihm jede Rechtskünstelei ferne, die Partheien sollen vor ihm in der vollsten Freiheit und Unbefangenheit ihres Gemüthes sich bewegen, keine Furcht darf im Hintergrunde stehen, daß sie sich hierdurch schaden, ihrem Rechte etwas vergeben, und dadurch soll die Vorbe= dingung des friedensrichterlichen Wirkens vermöglicht werden, nämlich die Wahrheitsliebe, die Wahrhaftigkeit der Partheien, die allein ihm die Einsicht in des Rechtsstreites inneres Ge= triebe erhellt, damit es dann auch das wahre wirkliche Recht in die Waagschale legen und im Geiste wahrer Gerechtigkeit die Versöhnung bewirken kann.

39. Eine auf solchen Grundlagen ruhende summarische Procedur vor dem Sühnegerichte ist aber unerläßlich, ohne sie wäre all' sein Wirken nur eitles Schattenspiel, der einfachste Widerspruch eines böswilligen Gegners würde eine sofortige Gränzmarke seines Berufes, sein Ausspruch würde dem Schwerdte gleichen, das nur in den dichten Nebel der Nacht fällt. Erst die Production der Beweismittel entrollt das

Schauspiel des Kampfes, weist auf den Sieg oder das tragische Ende hin, entwaffnet die Lüge, und wird eine Leuchte für den Vernünftigen, sich dem gerechten Ausspruche des Friedensgerichts zu unterwerfen. — Das summarische Verfahren erzeugt nur einen Akt, den des Vergleiches oder seines Mißlingens. Kömmt jener zu Stande, so hat das hierüber niedergeschriebene Instrument die Kraft einer öffentlichen Urkunde, und bedarf nicht erst noch der gerichtlichen Bestätigung. Das Friedensgericht ist unter öffentlicher Auctorität constituirt, daher auch seine Akte als öffentliche zu betrachten sind. Gelingt aber der Vergleich nicht, so steht es den Partheien frei, auf den Ausspruch des Friedensgerichtes als Schiedsgerichts zu compromittiren. Es ist klar, daß Advokaten die Partheien niemals vor dem Friedensgerichte vertreten können, sondern nur Männer ihres Vertrauens, wenn absolute Hindernisse das persönliche Erscheinen unmöglich machen, und daß, wenn Auswärtige solche Vertreter nicht haben, ihre schriftlichen Eingaben genügen.

40. Wirkt dann in diesem Verfahren das juristische Element als der sichere Führer, das prätorische aber im Geiste einer höheren Aequitas, und sind die Träger dieser Elemente hervorragend durch Ehrenhaftigkeit des Charakters, und erscheint auch das Friedensgericht als wahres Ehrengericht, so muß es nothwendig Vertrauen und freudige Hingabe erzeugen, die ihm dann auch glückliche Erfolge verbürgen. Da, wo der Geist des Friedens von Innen heraus lebensfreudige Blüthen treibt, da werden sich auch aus ihm die unvergänglichen Früchte des Wohlstandes und Friedens, des Gemeingeistes und der öffentlichen Gesittung entfalten. —

Drittes Buch.

Das Institut der Schiedsgerichte, die römische Prätur und die englischen Billigkeitshöfe.

41. Das Rechtssystem jeden Volkes hat ein formelles und ein materielles Element; jenes wurzelt in dem nationalen Charakter des Volkes, dieses ist der Träger des allgemein Menschlichen in ihm. Das Recht ist darum organischer Natur: denn wie jeder Einzelne, jedes Volk einen individuellen Charakter an sich trägt, und doch die Grundzüge der Menschheit in ihm sich ausgepräget finden, so auch in dem Rechte eines Volkes, das neben seiner nationalen Eigenthümlichkeit auch Grundzüge in sich trägt, die alle Völker als Grundsätze des Rechtes ehren. So verschieden daher auch die Volksrechte die einzelnen Lebensverhältnisse der Menschen regeln, so kehren doch auch allgemeine Prinzipien in ihnen wieder, die aus der ewigen Natur des Gerechten fließen, und die jedes Volksrecht immer mehr in sich ausbilden, und zur Herrschaft bringen soll. Das nationale Element ist es, was jedes positive Rechtssystem durchdringt, das allgemein menschliche Element aber, welches auf dem allgemeinen Rechtsbewußtsein, auf der ethischen Natur des Rechtes ruht, ist es,

was in das positive Recht einzudringen sucht, seine Härten mildert, seine Lücken ausfüllt, sein Fortschreiten trägt. Diesen Gegensatz, der in jedem Volksrechte kämpft, das sich lebendiger Entwicklung erfreut, offenbaret schon das römische Recht.

42. Das Recht war bei den Römern die ars boni et aequi, die Aequitas war das hohe Ziel, nach welchem das Volksrecht unaufhaltsam steuern soll. Darum gehörte die Gerechtigkeit gegen die Götter zu den Pflichten eines Gerechten, und Ulpian fordert die Juristen, als Priester der Gerechtigkeit auf, die Menschen nicht blos zu legalen Handlungen zu bestimmen, sondern sie zu sittlich-guten Menschen zu machen. Das nationale Recht, in seiner Abgeschlossenheit gedacht, ist unvollkommen, bedarf daher eines Mediums seiner Ergänzung und Vervollkommnung. Das formelle Recht soll immer mehr ein materielles, d. i. auf der ewigen Natur des Gerechten ruhendes Recht werden. Mit dem Untergange der römischen Prätur war in der Geschichte eine lebendige Quelle der Fortbildung des nationalen Rechtes versiegt, das Recht fiel der Wissenschaft anheim, und verlor den fruchttragenden Boden des Lebens, der nationalen Ueberzeugung, der fortschreitenden Sitte und Cultur, zumal auch für diese in der Kaiserzeit die frische Lebenskraft verschwunden war. Hätte die Prätur in einem christlichen Staate so lange gewirkt, wie im alten Rom, das edictum perpetuum wäre ein Codex der Volksrechte aller Zeiten geworden. Hatte doch schon das römische Obligationenrecht eine weltbesiegende Kraft erlangt, weil es aus der Natur der Dinge floß. Dieses Bewußtsein der Unvollkommenheit des formellen Rechtes und der Nothwendigkeit seiner Ergänzung und Fortbildung durch das materielle Recht — die ratio naturalis, aequitas —

war lebendig und tief gefühlt zu allen Zeiten, und rief drei Institutionen in das Leben, die alle durch einen Geist getragen, das nationale Recht mit dem materiellen zu versöhnen suchen: die Schiedsgerichte, die Prätur und die Billigkeitshöfe. Von ihnen ist das Institut der Prätur die bedeutungsvollste Erscheinung in der Weltgeschichte, weil sie nicht blos die Idee der Schiedsgerichte aus sich gebar, sondern auch das Entwicklungsorgan des materiellen Rechtes war: eine Macht, die das nationale Recht durch das jus gentium erweiterte, und dem allgemeinen natürlichen Rechte eine weite Siegesbahn durch die enge Gasse des römischen Volksrechts brach.

43. Wir haben zunächst die Schiedsgerichte zu betrachten, wie sie sich namentlich aus den Volksrechten der Hindus, Griechen, Römer, wie aus dem germanischen Gemüthe entwickelten. Allen ihren, bei diesen Völkern ausgebildeten Erscheinungsformen lag die Idee zu Grunde, in Fällen, in welchen das positive Recht lückenhaft ist, oder je nach der Natur des Streitverhältnisses harte Bestimmungen enthält, die Entscheidung durch Richter zu erwirken, welche Männer der Wahl der Partheien sind, und die bei ihrem Ausspruche das in jeder unbefangenen Menschenbrust ruhende, durch das gemeinsame Bewußtsein aller Menschen und Völker verbürgte Recht mit besonderer Rücksicht auf die Natur des gegebenen Falles und dessen eigenthümliche Verhältnisse zur Grundlage nehmen. Erst in der neueren Gesetzgebung wurde die Idee dieses Instituts verdunkelt, und nach Beschränkung seiner Allgemeinheit durch das enge Gebiet des nationalen Rechtes um den ihm eigenthümlichen Lebensgeist gebracht, durch den es im Leben der Völker einst weithingreifende Wurzeln schlug. Im Ganzen aber ist dieser Gedanke noch in

den Billigkeitsgerichten ausgeprägt, nur daß hier die Wahl verschwunden ist, da dieses Gericht sich zu einem ständigen Gerichtshofe gebildet hat.

44. In diesem Begriffe ruht auch schon der Gegensatz der Schiedsgerichte zu den Friedensgerichten, den man bisher nicht immer in seiner Schärfe erkannte. Die letzteren nämlich sind ein Erzeugniß christlicher Zeitalter, die Schiedsgerichte aber reichen bis in das Alterthum hinab. Die Friedensgerichte entwickeln keine richterliche Thätigkeit, sie fällen keine Urtheile, sie sind nur Versöhnungs-Institute; sie lassen daher der Freiheit der Partheien das volle, selbstständige Walten, und halten nur ein moralisches Gericht. Die Partheien, die durch gegenseitiges Nachgeben sich dem Friedensgerichte unterwerfen, machen sich selbst zum Richter des Streites, unterwerfen sich ihrem eigenen Willen, das sittliche Ansehen des Friedensgerichtes ehrend und ihm vertrauend. Auch im Schiedsgerichte entscheiden Männer des Vertrauens, aber dieses übt über die Partheien ein Richteramt, es fällt einen Richterspruch, dem die Partheien, weil sie auf dasselbe oder eine ihm übergeordnete Berufungs-Instanz provocirten, sich zu unterwerfen haben. Das Friedensgericht hat endlich einen weiteren Wirkungskreis, die Sphäre der Schiedsgerichte ist enger begränzt; denn wo das positive Recht klare Normen enthält, wo das faktische Streitverhältniß leicht herstellbar, und seine Norm diesem angemessen erscheint, da ist wenigstens das Eingreifen von Schiedsgerichten durch die Natur ihrer Bestimmung nicht begründet, wenn es gleichwohl auch hier der Freiheit der Partheien zustehen muß, sich ihrer zu bedienen. Beiden Institutionen aber ist es gemein, daß ihre Aussprüche nicht absolut im strengen Rechte wurzeln, sondern ein Recht enthalten, welches der Gesetzgeber selbst aussprechen würde,

wenn er über den concreten Fall ein Gesetz zu geben hätte, und welches somit durch die Natur der Sache und das materielle Recht selbst als geboten erscheint.

45. So einig die Culturvölker der alten Welt über die Natur der Schiedsgerichte waren, so sehr gehen sie in der Organisation und in der Bestimmung ihres Verfahrens auseinander. Würdige Anhaltspunkte liefert uns schon das Gesetzbuch der Gentoos.[1]) Nach ihm ist es unbedingt in die Wahl der Partheien gegeben, ob sie ihre Streitsache an die Obrigkeit, oder an einen Schiedsrichter bringen wollen. Diesem aber ist, gleich wie dem ordentlichen Richter, dasselbe Verfahren vorgeschrieben, nämlich durch vollständiges Verhör beider Theile, durch Aufnahme des Wesentlichen ihrer Vorträge, der Zeugen-Aussagen, des Inhaltes der Urkunden in ein Protocoll, das Streitverhältniß im Untersuchungswege festzustellen, und hierauf den Ausspruch zu gründen. Neben der Achtung der Freiheit der Partheien, durch den ordentlichen, oder einen Schiedsrichter ihre Streitsache schlichten zu lassen, stellt dieses Gesetzbuch als weitere Principien auf, daß der Schiedsrichter ein Mann der Wahl der Partheien sein müsse, und diese auch gegen den Ausspruch eines Schiedsrichters eine Berufung, aber nicht an den ordentlichen Richter, wie spätere Gesetzgebungen wollen, sondern an einen andern Schiedsrichter ergreifen können. Wenn nämlich derjenige, der bei dem Arbitrator für schuldig befunden wurde, deßhalb klagend an die Obrigkeit geht, so mag ihm diese einen andern

---

[1]) Gesetzbuch der Gentoos, oder Sammlung der Gesetze der Pundits nach einer persianischen Uebersetzung des in der Sanscrit-Sprache geschriebenen Originals; aus dem Englischen von R. E. Raspe. Hamburg 1778. Absch. 1. 6. 9. 10.

Schiedsrichter ernennen, wenn er behauptet, daß ihm der Erste Unrecht gethan, und daß er, wenn er Solches nicht beweisen könne, doppelt so viel als die Klage betrage, an Geldbuße erlegen wolle. Das ordentliche Gericht zieht somit im Berufungswege die Sache nicht an sich, sondern verfährt hier, wenn der Implorant das ihm durch den ersten schiedsrichterlichen Ausspruch zugefügte Unrecht beweisen kann, nach der Analogie eines Cassationshofes, welcher die Sache zur Aburtheilung an andere Schiedsrichter verweist: denn der auf diese Art aufgestellte Arbitrator geht nicht mehr aus der Wahl der Partheien hervor, sondern die ordentliche Obrigkeit hat ihn zu wählen.

46. Daß eine Berufungs-Instanz über einem Schiedsgerichte stehe, ist um so nothwendiger, als eben die Grundlage seines Urtheils das arbitrium boni viri ist, ihm sohin eine weitere Sphäre offen steht, als dem ordentlichen Richter, innerhalb welcher er leichter die ratio naturalis des Rechtsverhältnisses verkennen kann, und auch leichter dem Irrthume unterworfen ist. Daß aber diese Berufungs-Instanz wieder nur ein Schiedsgericht, und nicht der ordentliche Richter sein könne, liegt ebenso in der Natur: denn, wenn das arbitrium, das auf aequitas beruht, wieder durch ein Urtheil ex stricto jure umgestoßen werden kann, so erscheint gleich a priori ein Schiedsgericht mehr nicht als hohle Form, als eine Einrichtung, die durch die Willkühr jeder Parthei bedeutungslos werden kann, und werden muß, da in der Regel der Verlierende den ihm nachtheiligen schiedsrichterlichen Ausspruch durch Berufung an den ordentlichen Richter annulliren wird. Eben so ist es zu billigen, wenn, um für den Berufungsrichter eine größere Unabhängigkeit von den Partheien zu erzielen, dieser nicht aus der Wahl der Partheien, sondern der ordent-

lichen Obrigkeit hervorgeht. Aber ungerecht ist es, die Zulässigkeit eines höheren Arbitriums von dem Versprechen, im Unterliegungsfalle eine Geldbuße zu entrichten, abhängig zu machen; und erst, nachdem man den Beweis des Unrechts des ersten Arbitriums vor der Obrigkeit schon geliefert, ein weiteres Arbitrium zu gestatten, erscheint als eine zweckwidrige Formalität: denn dieser Nachweis gehört vor die Berufungs-Instanz selbst, und die untergeordnete Instanz hat folgerecht keine Cognition über schiedsrichterliche Urtheile; aber das Volksrecht der Gentoos macht die Schiedsrichter für ihre Urtheile den gewöhnlichen Gerichten verantwortlich.

47. Im alten Griechenland finden wir das Diäteten-Institut. [2]) Auch hier war es den Partheien überlassen, sich selbst Schiedsrichter zu wählen, und nur, wenn diese die Sache nicht beilegen konnten, kam dieselbe an die ordentlichen Gerichte. Vor diese durfte man in der älteren Zeit nicht einmal eine Klage bringen, wenn sie nicht vorher schon bei den öffentlichen Diäteten war. In der Regel waren es die competenten Hegemonen, die den Diäteten ernannten. Der geistreiche Grieche aber gab seinem Diäteten volle Macht, eine definitive Entscheidung zu erlassen, jeden Billigkeitsgrund zu berücksichtigen, und gab ihn somit von den Banden des strengen Rechtes bei seiner Aburtheilung los. Dagegen finden wir bei den Griechen, wie bei den Römern, eine ungerechte Härte sanctionirt, indem es von dem Spruche frei gewählter Schiedsrichter keine Berufung, nicht einmal an das ordentliche Gericht gab, und die Partheien vom Com-

---

[2]) Heffter: athenäisches Gerichtsverfahren, Köln, 1822. I. 478—492. II. 277. III. cap. 3.

promisse nicht abgehen durften. Dagegen gab es eine Berufung gegen die Urtheile der öffentlichen Diäteten, welchen die Hegemonen gewisse Streitsachen übertrugen, und welche Sachen ihrer Stammgenossen entscheiden konnten. Diese Diäteten waren Staatsbeamte, mußten Rechenschaft ablegen, fünfzig bis sechzig Jahre alt, und unbescholtenen Rufes sein [3]). Die Berufung ging aber hier an den ordentlichen Richter. Eine treffliche Bestimmung war es jedoch, die den ordentlichen Richter ermächtigte, eine Streitsache, die sich nach seiner Ansicht dazu eignete, an einen öffentlichen Diäteten zu verweisen.

48. Wenn bei den Griechen auch der Hegemone einen Diäteten bestimmen konnte, so war bei den Juden, nachdem sie dem römischen Reiche einverleibt waren, die Wahl der Schiedsrichter ganz in die Freiheit der Partheien gestellt, indem einen der Kläger, einen der Beklagte, und beide zusammen wieder einen wählten. [4]) Vorzüglich aber war es das Christenthum, aus welchem diese Idee wieder in geheiligter Bedeutung in's Dasein trat. Schon der hl. Apostel Paulus fordert die Corinther auf, Streitigkeiten, die unter ihnen entstünden, nicht durch die heidnischen Richter, sondern durch verständige Männer aus ihrer Mitte entscheiden zu lassen. [5]) Dieses Institut war so durch den Geist des Christenthums für das Leben gewonnen: denn Christen sollen sich überall als Brüder achten und lieben, darum den feindseligen Gang des Processes zu meiden suchen und unter sich Alles fördern, und nach dem nur streben, was Eintracht und ge-

---

[3]) Wachsmuth: hellenische Alterthümer, Halle 1829. §. 100. ffg.

[4]) Allioli: Alterthümer der Hebräer, Landshut 1844. §. 72.

[5]) Paul. ad Rom. c. 14. v. 19. ad Corinth. c. 6. v. 3—5.

genseitige Erbauung weckt und nährt. So war es natürlich, daß dieses Institut sich auch im christlichen Mittelalter entwickelte. Solcher Compromiß-Gerichte gab es wohl viele in dem ersten christlichen Zeitalter, nachdem die Anzahl der Christen im römischen Reiche in dem Maaße wuchs, als der Triumph des Christenthums auf heidnischem Boden immer mehr Terrain gewann, und die Abgeschlossenheit der ersten Christen, ihre tiefe Religiosität, die Befeindungen durch die Römer das natürliche Bedürfniß erzeugte, im Geiste des Friedens durch Biedermänner aus ihrer Mitte ihre etwaigen Irrungen beizulegen. Für die Geistlichen hatte schon die Kirchenversammlung zu Chalcedon solche Schiedsgerichte unter Androhung canonischer Strafen geboten: „Si quis Clericus cum Clerico litem aut negotium habet, proprium episcopum non relinquat et ad secularia judicia excurrat, sed causam prius ad episcopum agat, vel de episcopi sententia apud eos, *quos utraque pars elegerit,* judicium agitetur. [6]) Karl der Große erhob diese Anordnung durch das Capitulare von 789 zu einem Staatsgesetz, und so stand es fest, daß Streitsachen der Geistlichen unter sich nicht vor die weltlichen Gerichte gehören, vielmehr durch den Bischof, oder Schiedsmänner, von den Partheien mit Gutheißen des Bischofs gewählt, abgethan werden sollen.

49. Aus diesen Compromissen entwickelte sich im fränkischen Reiche allmählig die geistliche Gerichtsbarkeit. Eben so wurde die schiedsrichterliche Entscheidung die Quelle der Gerichtsbarkeit der Rabbinen, wie der früheren und späteren Austrägalgerichte. In dem Capitulare von 789 ist auch in

---

[6]) Canon IX.

Ansehung der übrigen Stände von Richtern die Rede, welche sich die streitenden Theile selbst auswählen dürfen, aber gegen ihre Aussprüche gab es keine Berufung, diese war vielmehr unter Strafe verpönt [7]). Diese Richter erscheinen viel häufiger in späterer Zeit und kamen namentlich vom zehnten bis fünfzehnten Jahrhunderte sehr zahlreich unter dem Namen von Arbitramenta vor. Diese Schiedsrichter hatten aber keinen öffentlichen Charakter, sie waren von den Partheien aus ihrer Mitte freigewählte Privatleute, die in einer Anzahl von drei bis fünf Mitgliedern verbunden, ihr Amt verwalteten. Aber man fühlte die Nothwendigkeit, sie mit öffentlichen Bürgschaften zu umgeben, ohne welche sie nur wesenlosen Schatten gleichen. Damit daher ihre Akte öffentlichen Glauben erhielten, wurden sie in Gegenwart vieler Zeugen beeidiget, die Partheien mußten sich feierlich verpflichten, dem Ausspruche der Schiedsgerichte sich zu unterwerfen, darum blieb die Berufung untersagt, und jede eigenmächtige Nichtachtung des schiedsrichterlichen Urtheils zog vor dem ordentlichen Richter, wie ein Rechtsbruch, Strafe nach sich, der auch bei hartnäckiger Weigerung einer Parthei die Execution des Laudums besorgte [8]). So hat man also auch von Staatswegen das Ansehen der Schiedsgerichte hier geachtet, wodurch sie allein im Leben eine practische Bedeutung erhalten. Erhielt aber so der Ausspruch des Schiedsrichters durch den Arm der weltlichen Richtergewalt Nachdruck und Würde, und ge-

---

[7]) Das Motiv enthält cap. 43 das Cap. von 789 und cap. 42 von 794: a judicibus autem, quos communis consensus elegerit, non liceat provocare, ut electi judices de utrisque partibus non spernantur.

[8]) K. Ludwigs Rechtsbuch art. 24—28. Seyfried: Geschichte der ständischen Gerichtsbarkeit in Bayern. Pesth 1791. I. S. 186.

wann Jener so Kraft und Ansehen im Volke, so erhöhte sich noch dieses durch die weitere Bestimmung, daß das Amt des Schiedsrichters unentgeldlich gehandhabt werden mußte, und jede Geldannahme eines Schiedsrichters strenger Strafe unterlag. — Diese Idee, lebendig gewurzelt im Bewußtsein des Volkes, erhielt sich daher fortwährend in der germanischen Geschichte, und selbst als das römische Recht immer mehr eindrang in das germanische Leben, und die alte Schöppenverfassung mehr und mehr in den Hintergrund drängte, rettete sich doch dieses im christlichen Gemüthe liebgewonnene Institut aus aller Unbill der Zeit, und der Gedanke, der Richter müsse dem nationalen Rechte ein ewiges anreihen, welches jene Härten mildere, seine Lücken ausfülle, erzeugte das Institut der Austräge, welches, wie Eichhorn bemerkt, „gerade in der Zeit aufkam, wo die alte Gewalt des Richters aufhörte, und er mehr an geschriebene Gesetze gebunden wurde; damit man nämlich doch nach der alten Art Recht erlangen könne, wurde von den streitenden Theilen ein Richter gewählt, der aus ihrer Vollmacht spräche, und ihm diese Vollmacht zuweilen ausdrücklich in weiterem Umfange gegeben [9]).“

50. So sehen wir dieses Institut noch jetzt nicht veraltet, wenn auch durch die Gesetzgebung mehrfach in seiner Idee getrübt. Noch jetzt werden viele Processe in England von den Partheien der schiedsrichterlichen Aburtheilung eines Advokaten, ohne allen Vorbehalt einer Berufung anheimgegeben, der dann unter Beobachtung des Verfahrens der ge-

---

9) Eichhorn: deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 3. Ausg. § 258. not. a.

wöhnlichen Gerichte entscheidet, und für seine Bemühungen von den Partheien eine Entschädigung erhält. [10]) Auch neue deutsche Proceßordnungen gestatten es den Partheien zur Abkürzung der Processe, nicht zuständige Staatsgerichte für sich als Schiedsgerichte zu wählen. [11]) Je mehr aber das römische Recht sich geltend machte, desto leichter wurde die Ansicht geltend, die Arbitria als Willkührsprüche zu betrachten, welche man im Interesse des herrschenden Rechtes beschränken müsse. Darum ließ man zwar die Form der Schiedsgerichte bestehen, aber man entzog der Hülle die sie belebende Seele, und band den Ausspruch der Schiedsgerichte an das positive Recht, und entkleidete sie so ihres eigentlichen Lebensschmuckes, auf den Grundlagen einer höheren Aequitas ein Laudum zu fällen. Dieser, die Natur der Schiedsgerichte verkennenden Richtung folgte die neuere Legislation, die den Schiedsrichter dadurch zu einem Proceßrichter stempelte, daher die Schiedsgerichte im Leben nirgends mehr Anklang fanden. In Bayern [12]) soll sich der Schiedsrichter strenge innerhalb der ihm durch das Compromiß gezeichneten Schranken bewegen, außerdem muß er sich an die gemeine Vorschrift der Rechte halten und sein Verfahren nach den Bestimmungen der Gerichts-Ordnung richten; er spricht daher wie ein ordentlicher Richter. In Bezug auf die Wahl der Schiedsrichter sind die Partheien nirgends beschränkt, aber der Schiedsrichter muß die Execution dem ordentlichen Richter überlassen, vor welchem auch alle nothwendigen oder freiwilligen Eide abzuleisten sind, und der um Vernehmung der Zeugen requirirt werden muß. Gegen

---

[10]) Hornthal: die peinliche Rechtspflege in England. Weimar, 1821 S. 362.

[11]) z. B. die badische P. Ord. § 32. § 197.

[12]) Cod. judic. bavar. cap. 17. §. 2.

den schiedsrichterlichen Ausspruch ist auch ein Recurs an den ordentlichen Richter erster Instanz zulässig, wenn ein Anderes nicht vertragsmäßig bedungen wurde, auch soll das Laudum gerichtlich verlautbart werden.

51. Auch in Bremen müssen die Schiedsrichter sowohl die wesentlichen Vorschriften der Gerichtsordnung als die hier geltenden Rechte zur Richtschnur nehmen. Eben so findet eine Berufung gegen ihre Erkenntnisse an das Obergericht statt. [13]) In Preußen müssen nicht minder die Schiedsrichter sowohl bei der Erörterung als bei der Entscheidung der Sache die wesentlichen Vorschriften der Landesgesetze beobachten, und ein schiedsrichterlicher Ausspruch, der gegen ein klar vorliegendes Landesgesetz verstößt, wird als nichtig betrachtet. [14]) — Nach solchen Normen der neueren Legislation kann sich die Aequitas der Arbitria nicht einmal dann mehr geltend machen, wenn für einen concreten Fall gerade das positive Gesetz eine unverhältnißmäßige Härte enthielt, oder mangelhaft wäre. Man hat durch diese Bestimmungen die Idee der Schiedsgerichte, die ex bono et aequo entscheiden sollen, in der That vernichtet, sie moralisch zerstört, daher sie auch zu seltenen Erscheinungen wurden. Sie konnten im Volksleben keine Wurzel mehr finden, nachdem man sie ihrer wahren Bestimmung enthoben und ihres Geistes sie entäußert hatte, der ihrer Form lebenskräftige Gestaltung gab. Mit schweren Fesseln belastet ward ihnen der freie Flug durch das blühende Leben unmöglich gemacht, daher sie, wie bleiche Gespenster aus demselben verschwanden. Aber das Gute, wenn auch verkannt,

---

[13]) Gerichtsord. v. Bremen §. 36—54.

[14]) Preuß. Gerichtsordn. Thl. I. Tit. 2. §. 171.

kann im Leben nicht untergehen, und so werden auch diese Institute wieder in würdigerer Gestaltung erstehen, um dem positiven Rechte, wo es Gebrechen hat, die Hand zur Hilfe zu reichen, und das strenge Recht mit der höheren Gerechtigkeit zu versöhnen. Schon das französische Recht hat hier die Brücke über den Rubicon gebahnt, indem die Schiedsrichter, wenn nur das Compromiß es bewilliget, ihrem Laudum die höhere Aequitas als Quelle der Entscheidung unterstellen können. [15])

52. So sind dem Schiedsgerichte aus dem Schooße der civilisirtesten Völker hervorgegangen, und somit mehr als eine „sonderbare Sitte, geboren in finsterer mittelalterlicher Zeit" [16]), ihr Gedanke hat zu allen Zeiten gelebt, wo die Cultur ihren Sitz genommen, und das Christenthum selbst, die Gottesreligion, hat über ihre sittliche Bedeutung entschieden, daher ihre rechte Organisation noch eine ernste Aufgabe der Gesetzgebung eines christlichen Staates ist, und dieses um so mehr, als ihre Bildung, ihr Verhältniß zu den ordentlichen Gerichten, die Wahl ihrer Mitglieder, die Art ihres Verfahrens, die Grundlage ihrer Entscheidung, die Mittel der Abänderung ihrer Urtheile von den Gesetzgebungen der alten und neuen Welt verschieden begriffen und geregelt wurden, und gerade die moderne Zeit den Geist dieses Instituts mehr verkannte, seine Idee trübte, und damit auch ihren Einfluß auf das Leben nahm. Das, was uns vor Allem hier Noth

---

[15]) Code de proced. civil. art. 1009. 1019: „à moins, que le compromis ne leur donne pouvoire, de prononcer comme *amiables* compositeurs."

[16]) Reibnitz: Ideal einer Gerichtsordnung, Berlin 1815. I. S. 64.

thut, ist: die Schiedsgerichte mit dem Ansehen des Staates zu bekleiden, damit sie nicht, wie ein Reis, in fremde Erde verpflanzt, traurig verkümmern. Der Staat soll sie als öffentliche Gerichte organisiren, und sie unter seine Beglaubigung und Oberaufsicht stellen. Dann werden sie auch wieder Wurzel im Leben schlagen und ihre Idee wird wieder verjüngt aus dem Grabe der Jahrhunderte erstehen. Und zu dieser Reorganisation ist der christliche Staat unzweifelhaft verpflichtet: denn die Schiedsgerichte dienen der Gerechtigkeit. Wo das positive Recht nicht ausreichende Normen enthält, oder die Natur des Falles das Vorwalten der Aequitas bei der Aburtheilung gebietet, soll mit Zustimmung der Partheien die Thätigkeit eines Schiedsgerichtes offenbar werden, das ex arbitrio boni et aequi viri das Urtheil spricht, daher auch das positive Recht anwenden kann, soweit es dem Falle angemessen erscheint. Der ordentliche Richter soll daher in solchen Fällen die Partheien selbst für ein Schiedsgericht zu bestimmen suchen und mit Zuziehung ihrer Arbitri seinen Rechts- und Billigkeitsspruch fällen. Dann haben ihre Aussprüche die Auctorität der Staatsgerichte: denn sie sind ja selbst nur ihre Ergänzungs-Institute. Noch jetzt provocirt täglich der Richter auf Gutachten der Arbitri, und spricht nach ihnen sein Urtheil. Die Gesetzgebung hat daher nur, was instinctartig im Leben keimt, zum vollen Bewußtsein seines Wesens zu erheben. Es gebietet dieses die ewige Nothwendigkeit in der Natur der Dinge, wie das Bedürfniß des Lebens selbst, und Gesetze, auf solchen Grundlagen erstanden, haben immer goldene Früchte getragen. Sind Schiedsgerichte mit dem Ansehen des Staates bekleidet, verschwindet auch von selbst das bunte Ineinandergreifen der Schieds- und ordentlichen Gerichte in den einzelnen gerichtlichen Akten, wie die Eifersüchteleien der gewöhnlichen Gerichte, die jenen bisher friedlich gegenüber

standen, und der Staat nimmt somit zum offenbaren Frommen der Staats-Angehörigen das unter seine Obsorge, was schon der Private für sich in Anspruch nehmen kann [17]), und hält endlich damit auch alle Mißbräuche ab, welche im Gefolge bloßer Privatschiedsgerichte sich bilden könnten.

53. Ehe wir jedoch diese Aufgabe der Gesetzgebung näher beleuchten, wirft sich vorher die Frage auf: ob das Institut der Schiedsgerichte, welches bei mangelnden oder harten Normen des positiven Rechtes, wie bei schwer entwirrbarer Thatfrage des Streitfalles als Ergänzungsgericht thätig ist, nicht mit der Gesetzgebungsgewalt selbst zu betrauen, und mit der Fortbildung des materiellen Rechtes in Verbindung zu bringen sei? — eine Verbindung, deren Nothwendigkeit schon in zwei großartigen Erscheinungen, nämlich der Prätur und den Billigkeitshöfen anerkannt war. Die Geschichte nämlich ist die Gebärerin stets neuer Erscheinungen und Formen des Lebens. Das Recht aber ist ihre ordnende Norm, eine sie gliedernde geistige Macht. Das geschriebene Recht muß daher, weil es diese neuen Lebensverhältnisse nicht in sich begreift, ein Ergänzungsorgan haben, damit das Recht fortschreite mit dem Leben und der Geschichte, und jeder Erscheinung sofort auch das Princip ihrer Ordnung geboren werde. Das geschriebene Recht ist aber auch oft für schon bestehende Verhältnisse des Lebens nicht mehr wohl anwendbar, seine Bestimmungen erscheinen zu hart, die Natur der Sache eines concreten Falles verletzend. Auch hier muß daher im Rechtssystem ein Organ bestehen, welches die Härten des Civilrechtes mildert, seine Lücken ausfüllt, und das Volks-

---

[17]) Mittermaier: der gemeine deutsche Proceß II. S. 20.

recht mit den Fortschritten des Lebens und der Geschichte in Einklang bringt. Diesen Beruf hatte die römische Prätur, und sie ist in ihrer Weise ein Musterbild aller Zeiten und aller Völker geworden. Wie bei allen Völkern war auch in Rom das Recht ursprünglich Gewohnheitsrecht, durch das Rechtsbewußtsein des Volkes erzeugt, gleich der Sprache und Sitte sich bildend. Ein politischer Kampf der Stände erzeugte frühe das Zwölftafelgesetz, welches nicht blos ein politisches Staatsgrundgesetz war, sondern auch einen großen Theil des alten Gewohnheitsrechts in sich aufnahm. [18]) Dieses alte, nationale Recht war in strengen Formen gebannt, und von symbolischen Handlungen umgeben, deren Kenntniß zunächst die römischen Juristen sich aneigneten. Nachdem aber Rom seine Weltherrschaft immer mehr ausbreitete, und der Römer in nahen Verkehr mit fremden Völkern kam, erschien das alte Civilrecht auf diese Fremden nicht anwendbar, es entstand so das jus gentium, welches für die Peregrinen vor römischen Gerichten angewendet wurde, für die man eine besondere Prätur errichtet hatte. Bestimmungen dieses allgemeinen Rechtes aber gingen allmählig in das römische Volksrecht über, und der Prätor war das Organ, diese Verallgemeinerung des Rechtes herbeizuführen. [19])

54. Dieses Streben umfaßte aber nicht blos das einzelne Recht eines fremden Volkes, sondern auch die Kenntniß des, mehren Völkern gemeinsamen Rechtes. Als die innerste Grundlage dieses gemeinschaftlichen Rechtes war das in jeder Menschenbrust niedergelegte Rechtsbewußtsein zu betrachten,

---

[18]) Niebuhr: röm. Geschichte, Thl. 2. S. 314. edit. 2.

[19]) v. Savigny: Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter I. c. 1.

daher es auch für alle Menschen, wie für alle Völker gleiche, unabänderliche Normen enthält. So waren die meisten Verträge des täglichen Verkehrs (Kauf, Miethe, die Societät,) Delikte, welche eine Klage auf Entschädigung erzeugten, sowohl im römischen Volksrechte, wie im jus gentium anerkannt; andere Rechts-Institute waren in der ihnen eigenthümlichen Gestaltung aber blos dem Volksrechte der Römer eigen, z. B. die Ehe, die nur unter römischen Bürgern zulässig war, gewisse Entstehungsgründe des Eigenthums und der Obligationen z. B. die Usucapion, Stipulation, die verborum obligatio. Neben jener strengen Civilehe der Römer entstand jetzt auch eine Ehe nach dem jus gentium, neben der römischen Agnation die natürliche Cognation, neben der Stipulation entstanden andere Formen, unter welchen auch Fremde Verbindlichkeiten eingehen konnten. [20]) Immer mehr drangen die allgemeineren Principien des jus gentium in das nationale Recht der Römer ein; dieses aber theilte auch jenem seine influenzirenden Normen mit, daher z. B. eine nach römischem Rechte verbotene Spielschuld nach dem jus gentium nicht einmal eine natürliche Verbindlichkeit erzeugte. War das alte Volksrecht nur für Römer, so war das jus gentium auf der Grundlage der ratio naturalis ruhend, ein Recht für alle Menschen geworden. Der Prätor, der dazu principiell thätig war, übte darum keine Gesetzgebungsgewalt im eigentlichen Sinne, er bediente sich aber künstlicher Mittel, z. B. der Fictionen, restitutiones in integrum, bonorum possessio, der actiones utiles, arbitrariae, in factum, der negotia bonae fidei u. A. um die Härte des alten Civilrechts zu mildern;

---

[20]) v. Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840. I. S. 109 ffg.

und Papinian giebt daher dem römischen Prätor den erhabenen Beruf: adjuvandi, vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia propter utilitatem publicam,[21]) Martian aber nennt das prätorische Recht die viva vox juris civilis, es sollte das lebendige Wort, das freie Fortbildungsorgan des nationalen Rechtes, und der in der aequitas naturalis ruhenden höheren Rechtsgrundsätze sein.

55. In dieser Weiterbildung des alten Volksrechtes hatte die Prätur aber auch ihre verfassungsmäßigen Schranken. Als Wächter standen über ihr die Volkstribunen und Censoren, wie die eigenen Collegen, welche durch ihr Veto jede Willkühr verhindern konnten; es konnte aber auch der Prätor nach niedergelegtem Amte wegen Ungerechtigkeit in den Anklagestand versetzt werden. Daher blieb denn auch das prätorische Recht in harmonischem Gleichgewichte mit der fortschreitenden Cultur, der öffentlichen Meinung, und der im allgemeinen Rechtsbewußtsein sich bildenden Ueberzeugung. Es war die Sitte entstanden, daß der Prätor beim Amtsantritte gewisse allgemeine Rechtssätze edicirte, nach welchen er die vor ihn gebrachten Streitfälle während seines Amtsjahres entscheiden würde (edictum perpetuum). Hatten auch diese Edikte nur auf die Amtsdauer gesetzliche Kraft (lex annua), so nahm doch der Prätor des darauffolgenden Jahres in der Regel die Bestimmungen seines Vorfahrers in das seinige auf (edictum tralatitium), und machte nur die durch Erfahrung gebotene Abänderung oder Erweiterung. Das prätorische Recht nahm hier seine verbindende Kraft aus dem Gewohnheitsrechte und durch die Edikte der Prätoren entstand

---

[21]) l. 7. Dig. d. just. et jure I. 1.

ein ganzes System von Rechtsgrundsätzen, jus honorarium genannt (quod ab honore praetoris venit). Schon zu Cicero's Zeit hatte das prätorische Recht eine solche reiche Entwicklung seiner Principien errungen, daß man es für die wichtigste Quelle des nationalen Rechtes hielt, und das Rechtsstudium aus ihm seine vorzügliche Nahrung zog, wie früher aus dem Staatsgrundgesetze der zwölf Tafeln. Nachdem aber in der Kaiserzeit die lebendige Fortbildung der Gesetze in Erstarrung gerieth, das prätorische Recht bereits einen gemessenen Höhepunkt seiner Entwicklung erreicht hatte, brachte unter Hadrian der Jurist Servius Julianus dasselbe in ein System, welches den Namen edictum perpetuum erhielt, nach welchem das Ediciren gänzlich verschwand, da auch die frische nationale Kraft verlosch, die als inneres Triebwerk der Rechtsbildung wirkte.

56. Die Mittel wurden schon angedeutet, durch welche der Prätor die Lücken des Civilrechtes ausfüllte, und seine harten Bestimmungen milderte. [22]) Wenn sich nämlich neue Rechtsverhältnisse bildeten, für welche im Civilrechte oder im Edikte des Prätors keine Vorsehung getroffen war, so half der Prätor durch Aufstellung einer Formel, die lediglich die Thatsache ausgedrückt enthielt, auf deren Dasein hin Rechtshilfe gewährt werden sollte. Kamen solche Rechtsfälle häufiger vor, so wurden sie in das Edikt aufgenommen, und so wurde durch diese Formeln das geltende Recht vielfach erweitert. Dasselbe war bei den zeitwidrigen Härten des Civilrechts der Fall. Auch hier trat des Prätors Hilfe auf ähnliche Weise ein. So waren die unzähligen actiones in

---

[22]) v. Savigny: System a. a. O. Bd. V. § 213. §§ 217—223.

factum und utiles vielfache Erweiterungsquellen und Milderungsmomente des strengen nationalen Rechtes. Auf dieselbe Weise traten auch die römischen Schiedsgerichte in's Leben. Nur wenn eine Forderung im strengen Rechte gegründet war, gab dieses auch zu ihrer Geltendmachung eine Klage (actio stricti juris, condictio), über welche der gewöhnliche Richter zu entscheiden hatte. Alle andern Forderungen und Rechtsverhältnisse hatten im strengen Rechte keinen Schutz, der Einzelne konnte sie daher nur auf Treu und Glauben eingehen; wenn aber der Gegentheil das in ihn gesetzte Vertrauen nicht rechtfertigte, so war Jener rechtlos gestellt. Um dieß zu verhüten, entstanden die Schiedsgerichte (arbitria, arbitri). In solchen Fällen wurden daher die Partheien genöthigt, ihr streitiges Rechtsverhältniß durch Schiedsrichter entscheiden zu lassen, der Kläger erhielt hier eine sogenannte actio bonae fidei, weil er selbst sein Rechtsverhältniß mit einem Andern auf Treu und Glauben eingegangen hatte. Es wurden dann durch Wahl und Mitwirkung beider Theile Schiedsrichter aufgestellt, um den Rechtsfall zu entscheiden. Da dieser aber nicht auf dem strengen Rechte ruhte, so konnten die Arbitri auch nicht nach seiner Intention ihn schlichten, sie mußten ihren Ausspruch auf dieselben Grundlagen hin fällen, auf welchen das Rechtsverhältniß entstanden war, d. i. auf Treu und Glauben, und mußten das Urtheil so sprechen, wie eine nach Treu und Glauben handelnde Parthei selbst freiwillig gehandelt hätte. Der Schiedsrichter hatte daher auszusprechen: »quidquid dari fieri oportet *ex bona fide*«, und das Wesen des Arbitriums bestand in dem »quantum *aequius* et melius id dari.« [23])

---

[23]) Cicero pro Roscio Com. c. 5. Cic. top. c. 17. und de offic. III. 15. 17.

57. Der Arbiter sollte in allen ihm zugewiesenen Fällen einen Vergleichsversuch machen, ob der Beklagte freiwillig den Kläger befriedigen, und klaglos stellen wolle. Wenn der Beklagte aber der Aufforderung des Arbiter freiwillig kein Genüge that, so konnte er durch das Urtheil des Arbiter in größeren Schaden kommen, als wenn er aus freiem Antriebe nachgegeben hätte, indem der Arbiter den Kläger den Werth seines Schadens beschwören ließ. Darin glaubte man für den Beklagten ein Zwangsmotiv aufgestellt zu haben, ihn zu freiwilliger Nachgiebigkeit zu bestimmen. So übte also der Arbiter zuvor eine Art von Friedensgericht, und trat erst, wenn ihm dieses mißlang, in dem Charakter des Schiedsrichters auf. Zu tadeln ist aber, daß die Partheien dem Arbitrium sich unterwerfen mußten, und die Annahme eines solchen, wenn die Sühne fehl schlug, von ihrer Zustimmung unabhängig blieb, indem sie der Prätor dazu nöthigen konnte. Dieser Zwang enthält gewiß, an sich betrachtet, für das Arbitrium eine inhumane Bestimmung, die bei dem Römer nur in der Strenge des Volksrechtes eine Entschuldigung finden kann. Dagegen liegt seinem Arbitrium die richtige Idee zu Grunde: denn das römische Recht betrachtet nicht weniger als die andern civilisirten Völker, die Schiedsrichter als Wahlmänner der Partheien, legt ihrem Ausspruche die bona fides und das wahre, wirkliche Recht zu Grunde, giebt ihnen eine freiere Befugniß in der Aburtheilung streitiger Rechtsfälle als dem ordentlichen Richter; [24]) denn sie sollen entscheiden mit heiliger Scheu und Achtung von Treu und Glauben (ut inter bonos agier), und so, wie die unter rechtlichen Männern herrschende Sitte und das Vertrauen

---

[24]) § 31. Inst. d. action. (IV. 6.)

(bona fides) es gebeut, und überhaupt das unpartheiische Rechtsgefühl entscheiden würde ohne alle Gebundenheit an das positive Gesetz. Diese freie Befugniß, nach dem eigenen, auf solchen Grundlagen ruhenden Ermessen einen Streitfall zu bescheiden, wurde als das eigentliche officium judicis bezeichnet; daher zwang auch der Prätor die Partheien, sich über die Person ihrer Schiedsrichter zu einigen, und so wurden auch die römischen Arbitria Mittel, die engen Schranken des nationalen positiven Rechtes zu durchbrechen, und das Recht in das wahre Verhältniß zu dem fortschreitenden Verkehre und der öffentlichen Sitte zu bringen. Das römische Recht zwingt aber auch durch den Prätor den Schiedsrichter, den angenommenen Auftrag zu erfüllen, damit er das in ihn von den Partheien gesetzte Vertrauen nicht kränke, läßt aber gegen den Ausspruch des Arbiter weder Berufung noch ein anderes Rechtsmittel zu. [25]) Kann man auch diese letztere Beschränkung nicht billigen, so zeigen uns doch schon die Römer, wie das Institut der Schiedsgerichte mit dem Ansehen des Staates bekleidet werden kann; der Prätor als der mit der Jurisdiction betraute Beamte ist es, der die Partheien selbst bestimmt, sich in Rechtssachen, worüber das positive Recht unbillige Härten oder Lücken enthält, Schiedsrichter zu nehmen; es wird hierbei das Vertrauen und die Wahl der Partheien möglichst geachtet, und der Schiedsrichter nicht an das positive Recht gebunden, sondern ihm eine freie Macht in den Gränzen sittlicher Grundlagen — Treu und Glauben — wie der öffentlichen Sitte — vergönnt.

---

[25]) l. 3. l. 32. § 12. l. 27. § 2. Dig. d. receptis: Stari debet sententiae arbitri, sive aequa sit, sive iniqua, et sibi imputet, qui compromisit. —

58. Eine verwandte Erscheinung, wie die Prätur, stellt sich in den englischen Billigkeitshöfen dar; eine große Verwandtschaft der Formen spiegelt sich ohnehin zwischen der altrömischen und englischen Proceßordnung ab: getrennt war in beiden die That- und die Rechtsfrage jus und judicium, court und jury), beiden war die strenge Bindung der Klagen an festgebannte Formeln gemein (legis actiones, common law); beide suchen Abhilfe gegen dieses streng formelle Recht zu gewähren (judicia extraordinaria, Praetor, courts of Equity). Bei den englischen Gerichtshöfen des gemeinen Rechtes (at common law) ist das gerichtliche Verfahren an bestimmte Formeln, ähnlich den römischen legis actiones gebunden, und dieses sagt dem Engländer eben so zu, als die buchstäbliche Auslegung und Anwendung seiner Gesetze; lieber unterwirft er sich dem Joche des unbiegsamsten Gesetzes, als dem billigsten Ermessen der Gerichte. Die natürliche Folge starrer Durchführung dieses Gedankens müßte die Stagnation des Rechtslebens, wie volle Rechtlosigkeit sein, wenn die Geschichte neue Rechtsverhältnisse erzeugt, die man in die starre Formel nicht pressen kann. Gegen dieses Gebrechen soll nun auch hier, wie in Rom die Prätur gegen das alte Civilrecht, ein Gerichtshof, court of Equity, Abhilfe gewähren [26]). Die geschichtliche Ausbildung dieses Gerichtshofes erklärt sich nur durch die Stellung des Kanzlers in der englischen Reichsverfassung. Hatte man in einem besondern Falle keinen Schutz im common law, so wandte man sich an den Kanzler, trug ihm seine Beschwerde vor, der hier einen writ (analog der

---

26) Dr. Eduard Gans: über die Geschichte und Einrichtung der Billigkeitsgerichte in England, in der krit. Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft des Auslandes. Bd. X. Ziff. II.

formula in factum) für diesen speciellen Fall ertheilte, und den Antragsteller damit an die ordentlichen Gerichte zur weiteren Aburtheilung verwies. In früherer Zeit hatte man solche Bitten in Privatsachen bei dem Könige und seinem Rathe (aula regis) eingereicht; da aber der Kanzler selbst im Königsrathe die bedeutendste Rolle spielte, so fiel die Bescheidung solcher Bitten ihm bald allein zu; und eben so leicht wurde später der Uebergang vom bloßen Rathgeber zum Richter, wenn die ordentlichen Gerichte auf seine, der Parthei ertheilte Anweisung nicht eingingen. Die Könige selbst begünstigten diese Machterweiterung des Kanzlers, indem sie ihm Beisitzer aus ihrem großen Rathe gaben, selbst das Parlament war ihr nicht abgeneigt, — daher das immer mehr steigende Ansehen des Kanzlers. Allmählig wurde der Gedanke immer herrschender, daß der Kanzler außerordentliche Hilfe und Rechtsmittel in allen Fällen ertheilen könne, wo die gewöhnlichen Gerichte keine Hilfe gewährten, das Gesetz keine Rechtsmittel darbot, oder die bestehenden Normen für besondere Fälle unanwendbar waren. So erhielt sich die alte Machtvollkommenheit der aula regis mit gesetzgebender und richterlicher Gewalt in der Gerichtsbarkeit des Kanzlers, und trotz der Eifersüchteleien und Anfeindungen der übrigen Gerichtshöfe errang er unter Heinrich VI. und Eduard IV. ein solches Ansehen, daß man ihn für ermächtiget hielt, nur nach dem Gesetze des natürlichen Verstandes und Gewissens seinen Ausspruch zu thun, ohne an die Statute gebunden zu sein. Sein Gesetz war nur sein Gewissen.

59. Die Geschäftslast dieses Gerichtshofes wuchs darum auch so massenhaft an, daß der Großkanzler Wolsey, Cardinal und erster Minister unter Heinrich VIII., die Kanzlei in vier Senate mit getrennten Sitzungen theilte, die aber nur

den Kanzler repräsentirten. Aber erst im 17. Jahrhundert regelten Gewohnheit und Gerichtsgebrauch die Gewalt dieses Gerichtshofes, und wiesen ihm festere Gränzen. Es gehört hiernach zum Wirkungskreise der Billigkeitsgerichte, die Strenge und Herbheit des formellen Rechts zu mildern, bestimmte Personen zu begünstigen, allgemeine Rechtsgrundsätze zur Basis ihrer Entscheidung zu nehmen, die Lücken der Gesetzgebung zu ergänzen und die Gesetze nach der Analogie auf andere Fälle auszudehnen. Sie können daher auch Klagen annehmen, welche bei den Gerichten des gemeinen Rechts nicht angenommen werden [27]). Und so ertheilen sie in einer Masse von Rechtsverhältnissen, wo dieses die ordentlichen Gerichte nicht vermögen, Abhilfe, so wie sie auch bei der Aburtheilung derselben die mildernden Umstände des Falles berücksichtigen können. Gegen das common law ertheilen sie daher Klagen für und gegen Minderjährige, für und gegen verheirathete Frauen; wie diese gehören auch Erben und fromme Stiftungen zu den von ihnen begünstigten Personen. Damit aber diese Competenz der Billigkeitshöfe nicht in Willkühr ausarte, sollen sie und die Gerichtshöfe des gemeinen Rechts sich gegenseitig beschränken. In Fällen dagegen, in welchen der Billigkeitshof beim Mangel eines Gesetzes neue Writs entwirft, steht den Courts of common law nicht zu, sich hierüber eine Competenz anzueignen. Auf der andern Seite sind die gemeinen Gerichte zu Erkenntnissen über Strafe und Entschädigung allein competent, wenn man den Billigkeitshöfen gewaltsam Widerstand leistet; ebenso wenig können diese die Erkenntnisse der gemeinen Gerichte oder Parlamentsschlüsse aufheben, oder das

---

27) Zachariä in der krit. Zeitschr. für die Gesetzgebung des Auslands. Bd. II. S. 138. III. Ziff. 19.

ungeschriebene Gesetz, die Praxis der übrigen Gerichte abändern oder beschränken, oder überhaupt über Gegenstände eine Competenz sich anmaßen, in welchen bei den andern Gerichten noch eine Abhilfe zu finden ist. Auch halten sie die wesentlichen Formen der Procedur ein, überlassen die Entscheidung von Thatsachen den Jury-Gerichten, sind genau an ihre Präjudicien, an ihre eigenen Precedents gebunden, und gegen ihre Erkenntnisse ist endlich noch eine Berufung an das Haus der Lords zulässig.

60. Alle diese Momente betrachtet man als Schranken gegen die mögliche Willkühr und Ausartung der Billigkeitsgerichte. Die Precedents werden, sagt man, mit der Zeit eine alte Regel, so daß, wie schon bei den Römern, immer mehr prätorisches Recht in das positive aufgenommen wurde, ebenso hier die Billigkeits-Entscheidungen dieser Generation in der nächsten als strenges Recht betrachtet werden. [28]) Wenn nun auch die Billigkeitshöfe wie ein Nachbild der römischen Prätur erscheinen, ihren Aussprüchen eine, der Härte des Gesetzes gegenüber entsprechende Milde zu Grunde legen können, so sind sie doch nicht von den sicheren Garantieen der Prätur umgeben, entfalten nicht alle Lichtseiten derselben und verfallen zu leicht der Gefahr ihres Mißbrauches. Schon Blackstone erhebt gegen die schönste Seite ihrer Bestimmung, die Härte des common law zu mildern, die ernste Frage: warum die Billigkeitshöfe keine Abhilfe gegen die härtesten Bestimmungen des englischen Feudalrechtes gewähren, z. B. gegen die Bestimmung, daß solches Land, welches an Erben übergehe, selbst dann nicht für die Chirographarschulden des

---

[28]) de Lolme: Die Verfassung von England, Altona 1814. S. 127—145.

Erblassers haftete, wenn mit solchem Gelde die Grundstücke angekauft wurden? Man kann sie ferner selbst des Vorwurfs der Willkühr nicht entheben, wenn sie die Gewalt haben, das Geld, welches ein Erblasser für eine Stiftung bestimmmte, die aber nicht zu Recht bestehen kann, zu andern frommen Einrichtungen nach Gutdünken zu verwenden und so den Erben zu entziehen, mangelhafte Vollmachten selbst in ihrem Inhalte zu ergänzen u. dgl. m. [29]).

61. Auch in den Billigkeitshöfen ist somit der Beruf der Schiedsgerichte getrübt, und sie können darum nicht als nachahmungswürdige Muster für die Gesetzgebung gelten. Ihnen, wie der römischen Prätur, steht, um sie für Institutionen unseres Lebens zu empfehlen, besonders die legislative schöpferische Macht entgegen, welche diese Institutionen übten. Seit Montesquieu ist es für uns ein stereotyper Glaube geworden, das Richteramt jeder Gesetzgebungsgewalt zu entkleiden, und dasselbe nur zum Träger und Vollstrecker des Gesetzes zu machen. Wo sich Gesetzgebung und Richteramt in einer Person vereinigen, kann der Richter die legislative Macht zu Willkühr mißbrauchen, und das, was als des Richteramtes Lebensmark und Ehrenschmuck erscheint, — das Vertrauen — wird durch die legislative Macht, die ihm die Gewaltherrschaft des Streites überweist, nothwendig leiden. Das Gesetz soll über dem Richter stehen, und nicht von ihm ausgehen, damit eine höhere, geistige Gewalt, die auch dem Richter gebietet, partheilos das Streitverhältniß schlichte, und ihm auch der Verdacht der Partheilichkeit fremd, die Möglichkeit der Willkühr ferne bleibe. Die Gerechtigkeitspflege

---

29) Gans a. a. O. S. 72. 73.

christlicher Staaten kann sich darum nicht mehr mit den Formen und Garanticen des heidnischen Staates umgeben; es gebietet vielmehr unser öffentliches Leben die stete Trennung der Gesetzgebung von dem Richteramte. Haben wir ja auch im deutschen Strafprocesse, in welchem Doctrin und Praxis eine fortbildende Macht entfalteten, von ihnen nur herbe Früchte geärndtet: die Verdachtsstrafen, die Entbindung von der Instanz und die außerordentlichen Strafen. Halten wir daher vorerst an dem wahren Berufe der Schiedsgerichte fest, nach welchem, wo nicht die Natur der Sache für ihre absolute Nothwendigkeit spricht, ihr Dasein von der Zustimmung der Partheien abhängt, und auch in jenem Falle sie durch Wahl ihrer Schiedsmänner neben dem ständigen ordentlichen Richter ihre freiwillige Theilnahme offenbaren. Die Wahrheit aber, die in der Prätur und im Billigkeitshofe verkörpert liegt, können auch wir für unser Leben, wenn auch in anderer Gestaltung, verwirklichen. Die Schiedsgerichte können auch bei uns nach einer höheren Aequitas die Streitverhältnisse schlichten, wo das positive Recht wirkliche Mängel an sich tragen sollte. Wenn über ihnen dann auch eine höhere Instanz steht, die ihr Urtheil nach gleichen Grundsätzen der Aequitas abwägt, und diese, wie schon im Volksrechte der alten Hindu's anerkannt, als ein von der Wahl der Partheien unabhängiges in sich selbstständig organisirtes Gericht erscheint, wird auch für uns die Möglichkeit herbeigeführt, in zweifelhaften Fällen ein Recht zu entwickeln, das auf der ratio naturalis, auf der höheren Billigkeit ruht, und das positive Recht mit den Fortschritten der Geschichte und dem wahren, wirklichen Rechte in Einklang gebracht. Das Recht ferner, das eine tiefere Bürgschaft seiner objectiven Wahrheit für sich in Anspruch nimmt, muß auch bei uns durch eine doppelte Schule gehen, durch die Schule der Praxis und der Wissenschaft. Aus jener

soll es fließen, durch diese soll es geläutert werden. Nur dann wird es ebenso, wie das prätorische Edikt, mit der Cultur als der nationalen Ueberzeugung und öffentlichen Sitte in Einklang gebracht. Darum soll vom Richter die erste Anregung der Um- und Weiterbildung des Gesetzes kommen. Nur der Richter sitzt beständig an der Quelle, und sieht ihren hellen, wie ihren trüben Lauf; seine Lebens-Anschauung und Erfahrung enthüllt ihm die Gebrechen, und zeigt ihm die Möglichkeit ihrer Abhilfe. Aber das Werk der Praxis muß auch die Feuerprobe der Wissenschaft bestehen. Nur, wenn Wissenschaft und Praxis im Gesetze sich vermählen, erhält es einen guten Klang. Beide aber, die Praxis und die Wissenschaft sollen auch das Leben nicht verschmähen, weil auf solches das Gesetz seine Licht- oder Schattenseiten zuerst verbreitet, und welches daher die Gesetzgebung mit Wärme oder Kälte in sich aufnimmt, bewahrt, oder sich ihrer zu erwehren sucht. Aus solchen Eindrücken der Gesetze auf die Gefühlsseite des Lebens wird die öffentliche Meinung geboren, deren Wellenschlag auch die Wissenschaft und Praxis beachten soll. —

62. Darum sollten in Zwischenräumen die Untergerichte eines Landes ihre erfahrungsmäßigen, d. i. aus practischen Fällen gewonnenen Ueberzeugungen über Um- und Weiterbildung der Gesetze ihren Obergerichten mittheilen, welche solche unter Beigabe ihrer eigenen Gutachten und Erfahrungen zu dem obersten Gerichtshofe des Reiches befördern. Dieses aber holt über solche Reform-Anträge auch das Gutachten der Juristenfacultäten ein, und legt nach höchster Prüfung sämmtliche Propositionen dem Justizministerium vor, welches sie in Gesetzform bringt, und unter Darlegung der von der Praxis und Wissenschaft angeführten Motive um legislative

Sanction den Antrag stellt. Die Rechtsnorm, die sich im Leben bewährt, bleibt dann auch dem Leben erhalten, das Veraltete wird ausgeschieden. Das Recht bleibt so in stetem naturgemäßen Wachsthume begriffen, und erscheint es endlich als neues Gesetzbuch wie ein vollendeter Baum in immer aufwärts steigenden Bildungsästen, dann war das Gute in ihm schon lange im Bewußtsein des Volkes eingedrungen, ohne daß es plötzlich die alte Rechtsordnung aufhob. Aus dem Leben erstanden schreitet es mit dem Leben fort; wurzelnd in dem Forum hebt es sein Haupt auch nach der Höhe der Wissenschaft, und hat sich so auch stets der wahren nationalen Ueberzeugung befreundet. War doch selbst der heutige französische Proceß keine bloße, ureigene Schöpfung der Revolution, die ältere Praxis und ihre Ansichten, wie die Ordonnance von 1667 drang oft wörtlich in ihn ein.

63. Bis aber das dem fortschreitenden Leben gemäße Gesetz in's Dasein tritt, schreitet die ewig gebährende Geschichte in der Zeit fort, und fordert für ihre stets neuen Formen die sofortige Norm ihrer Beherrschung. Entweder hat das Volksrecht wirkliche Lücken oder seine Normen passen für das Leben nicht mehr. Hier können wir die andere Seite der Prätur in unser Dasein aufnehmen, wenn wir die Schiedsgerichte zur rechten Gestaltung bringen. Diese Organisation hat allerdings viele Schwierigkeit. Schiedsrichter sollen nämlich nicht blos entscheiden, sondern auch den Proceß instruiren; sind aber die gewählten Schiedsrichter keine Juristen, so ist die Proceßinstruction ein für sie unbekanntes Gebiet. Man will durch Schiedsgerichte ein beschleunigteres Verfahren erzielen; aber, so wendet man ein, welcher Aufenthalt entsteht, da die Schiedsgerichte erst den ordentlichen Richter um Abnahme von Eiden, um Vernehmung der Zeugen requiriren müssen! Gegen den

schiedsrichterlichen Ausspruch sind Rechtsmittel an den ordentlichen Richter zulässig; hierdurch aber, fährt man fort, entstehen neue Verzögerungen, besonders wenn dieser etwa noch Ergänzungen für nöthig findet. Hebt man aber die Rechtsmittel der Beschwerde gegen schiedsrichterliche Urtheile auf, oder verzichten die Partheien selbst auf ein solches, so gehen sie ein ungeheures Wagniß ein; denn wie können die Partheien ihr Schicksal in die Hände eines solchen Richters legen? Besser also ist es, so folgert man schlüßlich, gar nicht zu compromittiren, oder man muß die höchste Vorsicht in der Wahl der Schiedsrichter anwenden, und um den Zweck der Beschleunigung zu verwirklichen, sei dann die Appellation versagt. [30])

64. Alle diese Schwierigkeiten schwinden, wenn man die Schiedsgerichte mit dem Ansehen des Staates bekleidet, wenn der Vorstand eines Schiedsgerichts ein rechtsgelehrter, vom Staate autorisirter Richter ist, welcher mit den von den Partheien gewählten Vertrauensmännern die schiedsrichterlichen Functionen verrichtet; dieser ist nämlich dann auch ermächtiget, Zeugen selbst abzuhören, Eide abzunehmen, und alle nothwendigen proceßualischen Handlungen wie der ordentliche Richter zu bethätigen. Das Verfahren vor dem Schiedsgerichte ist summarischer Natur: die absolut wesentlichen Grundsätze und Formen der Procedur werden eben so beachtet, als das Verfahren jene Kürze offenbaren soll, unter welcher die Gründlichkeit nicht leitet. Auch eine Berufung ist zur Sicherheit der Partheien zuläßig, und zwar nicht an den ordentlichen Rich-

---

[30]) Dr. Wolfgang Heinrich Puchta: das Institut der Schiedsrichter. Erlangen 1823. S. 5—55.

ter, sondern an ein, vom Staate selbst aufgestelltes, als Berufungs-Instanz in allen arbiträren Fällen thätiges Schiedsgericht, bei welchem die Collegialmitglieder das Doppelte der Anzahl des Schiedsgerichtes in erster Instanz betragen. Die Entscheidungsnorm der Schiedsgerichte in erster, wie in zweiter Instanz ist die ratio naturalis, die aequitas, und das jus gentium, als das in jeder unbefangenen Menschenbrust und bei allen Völkern anerkannte, allgemeine Rechtsbewußtsein, somit auch das positive Gesetz, wenn es für den concreten Fall diese ratio naturalis für sich hat. Mit zarter Achtung der Rechte der Partheien sollen sich aber Schiedsgerichte zunächst nur auf den Grund der freien Einigung der Partheien constituiren; der Richter aber ist verpflichtet, die Partheien auf die Eingehung eines Compromisses in den dazu geeigneten Fällen aufmerksam zu machen, und diese Einigung unter ihnen zu erwirken. Jede Parthei wählt dann eine gleiche Anzahl von Schiedsrichtern, eine gleiche Anzahl wählt das Gericht für das Arbitrium, dessen sämmtliche Mitglieder zur gewissenhaften Uebung ihres Amtes beeidigt werden. Der ordentliche Richter hat die Leitung, wie die Beobachtung der wesentlichen Formen des Verfahrens zu handhaben, ohne für die materielle Entscheidung irgend einen Vorzug ansprechen zu können.

65. Die Organisation von Schiedsgerichten eignet sich zunächst für Streitigkeiten, die aus den Ständeverhältnissen des Volkes erwachsen, nur einem oder dem andern Stande im Volke eigenthümlich sind, und zu deren Bescheidung an sich mehr sachverständiges, als rechtsgelehrtes Wissen erfordert wird. Hierher gehören Streitigkeiten unter Gutsbesitzern über streitige Grundbesitzverhältnisse, z. B. bei Gränzverwirrungen, Beschädigungen am Feldbau, an Früchten, bei

Streitigkeiten über Landescultur, über Remissionen am Pachtgelde u. dgl.; oder bei Streitigkeiten unter Gewerbsleuten, Handelsgenossen über streitige Gewerbs- und Handelsverhältnisse, zu deren Schlichtung eben nur Männer des Vertrauens aus dem treffenden Stande zu wählen sind. Ein Analogon solcher Schiedsgerichte finden wir schon in Würtemberg. [31]) Diese Gesetzgebung räumt den Gemeinden ein Richteramt nicht nur in Untergangs- und geringfügigen, sondern auch in Compromißsachen ein; den Partheien ist bei allen und jeden bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten gestattet, auf den Gemeinderath des beklagten Theiles zu compromittiren, und der Gemeinderath hat dann aber auch die vollkommene Verpflichtung, dieses schiedsrichterliche Amt zu verwalten. Zur Ausübung dieses Amtes wird die rechtliche Fähigkeit der Partheien und ihre ausdrückliche Willenserklärung zur Eingehung und Unterwerfung unter den Ausspruch des Schiedsgerichtes erfordert, und es steht dann den Partheien unbedingt zu, gegen den schiedsrichterlichen Ausspruch die Berufung an das Oberamtsgericht zu ergreifen. Für die Privatrechtsstreitigkeiten unter Grundbesitzern über das Eigenthum, über Dienstbarkeiten, Gränzen u. dgl., die ohne Augenschein auf dem Platze nicht entschieden werden können, entscheiden Untergangsgerichte in erster Instanz mit Einhaltung der Regeln des summarischen Verfahrens und aller wesentlichen Theile des Processes, und es geht von diesen Dorf- und Stadt-Untergangs-Gerichten gleichfalls die Berufung an die Oberamtsgerichte. So sehr diese Einrichtung durch ihre Einfachheit sich empfiehlt, so er-

---

[31]) IV. Edikt über die Rechtspflege der untern Instanzen vom 31. December 1818 §. 16—30 und Novelle vom 15. Septbr. 1822 §. 9. Instruction für die untern Civilgerichtsstellen des Königreichs vom 19. October 1811. §. 4—6.

weist sie sich darin als zweckwidrig, daß die Berufung an den ordentlichen Richter, der in II. Instanz nicht als Schiedsgericht erkennt, geht, und weil nicht bei allen Untergangs- und Compromißgerichten erster Instanz auch das juristische Element mit vertreten ist. Die Gesetzgebung hat für den letztern Fall theilweise Vorsorge getroffen, weil in Untergangssachen, bei welchen eine schwierige Rechtsfrage im Spiele steht, das Oberamtsgericht sofort in der Hauptsache sich für competent erklärt, und so in diesen Fällen die Wirksamkeit des Schiedsgerichts annullirt.

66. Es giebt aber auch Fälle auf dem allgemeinen Rechtsgebiete, die hauptsächlich nur durch die Thätigkeit der Schiedsgerichte zu schlichten wären. Hieher gehören alle streitigen Gemeinheitstheilungen, z. B. bei Auseinandersetzung einer verwickelten Erbschaft, Injurienklagen, bei welchen die bloße Privatgenugthuung in Frage steht, Streitigkeiten unter Geistlichen mit ihren Parochianen, unter Haus- und Familiengliedern, bei Schätzungen eines Schadens oder Interesse's überhaupt, bei Kriegsschäden u. dergl. Der natürliche Rechtsgrund für das Bestehen besonderer Schiedsgerichte liegt darin, daß der Richter selbst hier nicht nach bloßen juristischen Regeln entscheiden kann, sondern zumeist selbst an das Gutachten von Sachverständigen hingewiesen ist, so wie, daß solche Verhältnisse oft so verworren und so verwickelter Natur sind, daß das ungefähre billige Ermessen ohnehin zumeist den Ausschlag geben muß, oder daß im Allgemeinen der Mangel eines Gesetzes oder Rücksichten des öffentlichen Friedens die Wirksamkeit von Schiedsgerichten als unerläßlich bedingen. Die Natur der Sache gebietet hier ihre Entscheidung, und selbst die Juristen, die diesen natürlichen Ausweg verkannten, kommen zu wahrhaft verzweifelten Resultaten. Einige meinen, man könne,

wenn in solchen Fällen auch nur ein Theil billige Vergleichsvorschläge annehme, den Andern zur Annahme eines solchen Vergleiches zwingen [32]) (transactio imperata), ohne zu bedenken, daß ein erzwungener Vergleich die Rechtsgleichheit der Partheien zerstört, und schweres Unrecht ist. Andere ermächtigen den Richter, ohne Weiters durchzugreifen, indem er auf einen unklaren Sachbestand nach seinem Ermessen eine Entscheidung bauen darf; allein der Richter soll niemals sein blos subjectives Ermessen, das keinen Halt an einer objectiven Regel hat, zum Ausgangspunkte eines Rechtsstreites machen. Selbst alles Bemühen der Gesetzgebung, [33]) hier anders als durch Compromißgerichte den Knoten zu lösen, muß auf den Vorzug verzichten, unter ihre Normen alle Fälle des vielgestaltigen Lebens zu bannen. Die Schiedsgerichte bleiben daher das nothwendige Supplement der ordentlichen Gerichte, bestimmt, die Lücken des irdischen Rechtes zu beseitigen, seine Härten zu mildern und mit der ewigen Gerechtigkeit zu versöhnen.

---

[32]) Quistorp: rechtl. Bem. II. n. 35.

[33]) Vgl. das preuß. R. in Thl. I. Tit. 17. §. 379—382.

Viertes Buch.

Die positiven Gewähren eines materiellen Rechtszustandes.

---

67. Friedens= und Schiedsgerichte erscheinen wie die Vorhallen in dem Tempel der Themis. Wer hier dem Gotte opfert, braucht in das innere Heiligthum nicht zu dringen, wo Mancher, der den Schleier der Unsterblichen lüftet, das Schicksal des Jünglings zu Sais erfuhr, von dem der Dichter sagt: „Auf ewig war seines Lebens Heiterkeit dahin, ihn riß ein tiefer Gram zum frühen Grabe." — Wer immer aber das gefährliche Spiel unternimmt, der fordert, daß ihm Recht zu Theil werde, wenn und in dem Maße, wie er solches verdient. Denn hier in diesen Hallen waltet kein anderer Gott, und wer andere Götter sucht, den verfolgt die ewige Nemesis mit ihrem Fluche. Freilich waltet auch hier der Gott in irdisch=menschlicher Gestalt. Der Weltgeist hat sich in den Streitsaal der Tribunale zurückgezogen, und schreitet im Strome der Jahrhunderte zu immer höherer Vollendung. Wo er aber in der Geschichte seine Stufe hatte, da bestand auch sein absolutes Recht, bis er sich den Uebergang in eine nächst höhere

Stufe bereitete. Bei manchen Völkern aber hat er seinen Thron in höherer Herrlichkeit aufgeschlagen, und andere Völker standen in tieferer Unterordnung neben ihnen. Denn es hat auch die Gerechtigkeitspflege ihre Geschichte, und Aufgabe der Philosophie ist es, ihre Formen bei Völkern höherer Cultur zu erforschen, bei welchen sie sich im Glanze reicherer Vollendung entfaltete. Geschichte aber ist Leben und das Leben der Gerechtigkeitspflege ist wie das Recht ein organisches, es hat seine innere (ideale) und seine äussere (reale) Entwicklungsform. Das Leben hat aber auch, wie die Geschichte ein höheres Ziel, und das ist für die Rechtspflege das wahre, wirkliche Recht, die dem Ethos verbundene Gerechtigkeit.

68. Die hier wichtige Frage ist daher: unter welchen Formen die civilisirten Völker dieses höhere Ziel zu erreichen versuchten, und ob diese Entwicklungsformen auch die höheren Anforderungen der Gerechtigkeit befriedigen? Suchen wir diese Formen in den Jahrhunderten der Völkergeschichte, so ist der tiefe Zusammenhang nicht zu verkennen, in welchem gerichtliche Institutionen mit dem Charakter eines Volkes und besonders mit seiner politischen Geschichte stehen. Die Aegyptier waren dem mündlichen Gerichtsverfahren nicht hold, der ernste Volkscharakter verschmähte die verführerischen Blendwerke prunkender Redekunst, und begehrte nach der gründlicheren Unterlage der Schrift. In den Blüthezeiten Griechenlands und Roms war die Advokatur ein Ehrenberuf und eine freie Kunst, das Amt eines Fürsprechers war von dem eines rechtsgelehrten Vertheidigers geschieden, später verschmolzen beide in einer Person, es bildete sich ein besonderer Stand, der sich honoriren ließ und in den Tagen des Verfalls in gemeinen Redekünsten seinen Zunftstolz erblickte. In den jugendlichen Zeiten des alten Rom war auch im Strafprocesse die Abstimmung

öffentlich, der Anklageproceß war die Regel, nach dem Untergange der alten Tugend trat die Abstimmung durch Tafeln ein, und vom Staate bezahlte Ankläger kamen an die Tagesordnung. Bei den Germanen hatte der aus hochverdientem Geschlechte gewählte Graf im Volksgerichte das Richteramt. Mit dem Untergange der Volksgemeinden verlor sich der Umstand aus dem Gerichtsringe, die Grafen wurden Beamte des Königs, die Schöffen verschwanden vom Schauplatze und machten rechtsgelehrten Richtern Platz. In Frankreich, wo ein starkes Königthum herrschte, finden wir schon frühe bei den Baillis und Parlamenten königliche Procuratoren. In England dagegen, wo das Königthum immer in schwerem Kampfe mit der Volksfreiheit lag, konnte die Staatsprocuratur nie zum Dasein kommen, weil man in ihr ein gefährliches Organ gegen diese sah. Napoleons genialer Geistesblick hielt die Einführung der Jury in Italien nicht für angemessen, weil diese mit dem leidenschaftlich-bewegten Volkscharakter nicht vereinbar sei. So geht die Gerechtigkeitspflege mit der politischen Geschichte Hand in Hand, sie ist ein Spiegel, in welchem der politische Charakter wiederscheint, und daher ein so wandelbares Leben, als die Staatsform lebt, wenn sie nicht auf nationalen Grundlagen der Sitte, des Volkscharakters und der Culturstufe steht. Die Formen der Gerechtigkeitspflege wollen daher auch die ihnen angemessenen Grundlagen im nationalen Leben der Völker, und diese können sich nur dann im wahren Sinne entfalten, wenn ihnen die wahre nationale Gestaltung des öffentlichen Lebens zur Seite steht. Die geschichtlichen Formen der Organisation der Gerichte und ihres Verfahrens, die bei Culturvölkern zum Vorscheine kommen, enthalten daher nicht schon darum eine absolute Bürgschaft ihrer Wahrheit und Angemessenheit für das allgemeine legislative Gebiet, sie müssen vielmehr, um als

Vorbilder zu dienen, diese Bürgschaft in sich selber tragen, in der Natur der Sache ruhen, und Träger des wahren wirklichen Rechtes, Gewähren der ewigen Ideen des Gerechten sein.

69. Die Nothwendigkeit dieser Untersuchung stellt sich schon bezüglich der Principien heraus, die dem bürgerlichen oder Strafverfahren zu Grunde liegen können. Welche Macht hat hier der Richter über uns? Welches Recht haben wir ihm gegenüber? Welche Gewähren bietet hier das historische Recht für einen materiellen Rechtszustand, und welche seiner Formen sind der Gerechtigkeit gemäß? Das positive Recht hat hier zwei Maximen entwickelt: die Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im bürgerlichen Processe und das Inquisitions- und Anklageprincip im Strafprocesse. In welcher von beiden liegt nun die sicherste Bürgschaft, die befriedigendste Gewähre unseres materiellen Rechtes? Die Mehrheit der Culturvölker hat sich für das Verhandlungs- und das Anklageprincip entschieden. Hat aber auch das positive Recht das Verhältniß des Individuums zum Richter geregelt, beiden das Maß ihrer Freiheit und die Schranke ihrer gegenseitigen Stellung gezeichnet, ist dem Richter auch der Kreis seiner Befugnisse, der Umfang seiner Pflichten vorgeschrieben, innerhalb welcher er das Recht oder die Schuld des Individuums ermitteln soll: so liegt darin noch keine absolute Bürgschaft, daß der Richter das Maß seiner Befugnisse nicht überschreite, die Freiheit des Individuums nicht verletze, das Verfahren nicht ordnungswidrig verzögere, jeder Partheilichkeit abhold sein Urtheil nur dem wirklichen Rechte gemäß fälle. Daß hier nur der Charakter des Richters als moralische Bürgschaft gewissenhafter Pflichterfüllung auch die erste Vorbedingung eines gesetzmäßigen Handelns desselben sei, bedarf wohl

keines Beweises. Aber der Staat muß die Charakterstärke und Berufstreue durch Begründung einer unabhängigen Stellung des Richteramtes auch vermöglichen, und dauernd gegen jegliche Versuchung zu unterhalten suchen. Ehrenhaftigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes bilden den schönsten Schmuck unter allen Gwähren des materiellen Rechtes. Kein Volk verdient hier mehr unsere Bewunderung und Nachahmung, als das alte Hellenenvolk. Waren die Loose gefallen und der Richter bestimmt, dann trat erst eine schwere, ernste (nicht juridische, aber moralische) Prüfung darüber ein, ob der zum Richteramte Gewählte stets die alten National- und Hausgötter verehrte, ob er seine Eltern stets mit Pietät behandelt, Kriegsdienste und andere Pflichten gegen den Staat erfüllt habe. Die Unabhängigkeit des Richteramtes haben auch unsere Verfassungen verbürgt, durch sie ist auch aufgehoben alle Kabinetsjustiz und gewährleistet die Unaufhaltsamkeit der Rechtspflege, die Gleichheit der und vor dem Gesetze.

70. Der moderne Staat hat nebstdem auf seinem Forum einen Censor als Gewissenswächter und als Richter über seine Richter in der Staatsanwaltschaft aufgestellt. Dieses Institut kann man Jahrhunderte hinab verfolgen. De Vaulx findet es schon bei den Tribus-Vorstehern der Perser. In der Eigenschaft eines öffentlichen Anklägers erblicken wir es in Athen und im alten Rom [1]), wie in der germanischen Gerichtsverfassung. Seine Aeste wurzeln in der germanischen Eiche und haben sich über viele der civilisirten Erdvölker verbreitet. Schon nach den Gesetzen der Westgothen und Longo-

---

[1]) Varro de ling. lat. IV. 14. V. 9. Gell. VII. 9. Valer. Maxim. IV. 1. 10.

barden wurden im öffentlichen Interesse besondere Beamte mit der Aufspürung der Verbrecher betraut. Diese Rollen hatten schon die Avogadori in Venedig, die Conservatori de leggi in Florenz. In Frankreich zeigen sich die Spuren der Staats-Procuratur schon im vierten Jahrhunderte, der Staatsanwalt ist hier der geborene Rechtsanwalt der Armen[2]), in Spanien aber erscheint sie im sechsten Jahrhunderte zur Vertretung der Rechte und Familiengüter des Fürsten. Jetzt aber besteht sie in Holland, Italien, in der Schweiz, in Schottland, Spanien, Frankreich und Malta, in Amerika, Toskana, Hannover, in den Niederlanden u. A. Die Organisation aber und Competenzbestimmung der Staatsbehörde hat sich fast in jedem Lande anders gestaltet. Sie war in ihrem Entstehen ein dünnes Reis, das aber in fortströmender Entwicklung zum mächtigen Stammbaume erwuchs. In Spanien genießen die Staatsanwälte der größten Unabhängigkeit, und sind inamovibel; sie sind dort mit derselben Energie Vertheidiger der Unschuld, wie Verfolger der Verbrecher. In England kam das Institut nicht auf, die eifersüchtige Volksfreiheit betrachtete in ihm eine zu fürchtende Wehre der executiven Gewalt, hier kann daher Jeder Ankläger eines Verbrechens sein. In Frankreich brachte die constituirende Versammlung das ministère publique wieder in Anregung, und unter Napoleon kam es zu einer durchgegliederten Beamten-Hierarchie. Hier aber ist die Befugniß des Staatsanwalts zu ausgedehnt, die hohe Idee der Staatsanwaltschaft ist durch die Allmacht ihrer Träger verdüstert, die Staatsprocuratoren sind, wie schon Feuerbach und Mittermaier gezeigt, gefürchtete Beamte, von deren Berichten die Beförderungen und Anstellungen im Staats-

---

²) Warnkönig: Französische Staatsgeschichte. S. 53.

dienste abhängen, in deren Function der Beruf der Verfolgung der Verbrechen den der Vertretung der Unschuld überwiegt, und welche solche Handlungen vornehmen, welche in das Ressort des Untersuchungsrichters competiren.

71. Die erhebendste Seite im Berufe des Staatsanwaltes aber ist, der Wächter des Gesetzes in den Gerichten zu sein; er ist der moderne Censor der Gerichte; er ist daher ein Oberaufsichtsorgan über das Verfahren der Richter, er ist in Criminalsachen, wo die Gerichte die Untersuchung zu führen haben, im Interesse des Gesetzes, d. i. der verletzten Gerechtigkeit der Ankläger der Verbrecher, er ist der Hüter für die Aufrechthaltung des Gesetzes zum Schutze Derjenigen, die ihr Recht nicht selbst vertreten können; darum ist er auch der Patron verfolgter Unschuld, gedrückter Armuth. Dieses Institut, in seiner menschenfreundlichen und staatswohlthätigen Idee verwirklichet, ist ein hoher Vorzug in der Rechtspflege der Staaten. Der Gedanke steht obenan, was der Staats-Anwalt den Armen, Pfleglingen, den Wittwen, Waisen und Gemeinden ist, nämlich ihr schon vom Gesetze berufener Rechtsschutz und Vertheidiger, dessen Begeisterung für die Sache der Humanität kein Palmarium verdüstern kann. Die Aufrechthaltung des Gesetzes überall: das ist der Grundgedanke der Staatsanwaltschaft. Darum sollte folgerecht eine von ihm ergriffene Berufung, wenn sie ein obsiegliches Urtheil erwirkt, auch dann den Partheien zu gut kommen, wenn diese selbst eine Berufung nicht ergriffen, indem sonst die Gesetzes-Verletzung der vorigen Instanz factisch bestehen bleibt und Angesichts des Gesetzes seine Mißachtung triumphirt. Ueberall soll der Staatsanwalt gehört werden, wo die öffentliche Ordnung und die Staatscuratel betheiligt ist, er ist für Hütte und Thron der Wächter des Gesetzes, er nimmt keine Parthei für

die Parthei, er kämpft nur im Centrum der gesetzlichen Ordnung. Er bewacht überall die Integrität und Unabhängigkeit der Justiz. In Criminalsachen hat der Staatsanwalt die Anklage und im Interesse der Gerechtigkeit zu sorgen, daß kein Unschuldiger in Untersuchung oder Strafe komme, der Schuldige aber der Nemesis nicht entgehe. Daher soll ihn in seinem Wirkungskreise nur seine auf das Gesetz gestützte Gewissensüberzeugung leiten; er sei darum auch dem Gerichte coordinirt und genieße die Rechte der Richter. Der Staatsanwalt ist weder ein Werkzeug der Politik, noch bloßes Organ des Richters, er darf eben so wenig richteramtliche Funktionen vornehmen, als er ein Verfolger von Verbrechern in größerem Maße sein soll, wie er der Vertheidiger der Unschuld ist.

72. Zu dieser äusseren Ueberwachung hat man eine innere, d. i. die Nothwendigkeit gesellt, daß der Richter sich selbst vertheidige, daß er in sich einkehre und Rechenschaft ablege von seinem richterlichen Wandel, wenn er ein Urtheil fällte; und so gehört auch die legislative Vorschrift, daß kein richterliches Urtheil ohne Entscheidungsgründe erlassen werden dürfe, zu den positiven Gewähren für die gewissere Herrschaft des materiellen Rechtes: denn Entscheidungsgründe enthüllen die Seele des Richters, geben sein Urtheil der Kritik der Partheien, der Publizität und des höheren Richters preis, sind ein Präventivmittel gegen Willkür, ein moralischer Sporn richterlicher Ehrenhaftigkeit.

73. Ein sicherer Instikt der Völker hat diesen Gewähren die collegialle Verfassung der Gerichte beigefügt: denn nur die Vielseitigkeit der Erwägung hebt die Einseitigkeit der Beurtheilung auf; Leidenschaft, Irrthum, Unkenntniß des Ein=

zelnen erlöschen im Kampfe der Geister, die Wahrheit, von Einem ausgesprochen, entzündet auch die Andern, und so kömmt auch hier, wie überall, das Wahre und Gerechte nur durch das Zusammenwirken von Kräften zu Stande. Das haben schon die ältesten Culturvölker gefühlt. In Hindostan soll der Richter zur Zeit der Untersuchung einen Mann von Wissenschaft und Scharfsinn, und einen gelehrten Braminen bei sich haben. In Aegypten bestand das Reichsgericht aus einem Präsidenten und dreißig Richtern. In Israel waren am obersten Gerichtshofe (Sanhedrin) 72 Personen; die Räthe des Collegiums waren der Hohepriester, die Volksältesten und Schriftgelehrten. In Athen wurden jährlich 6000 Volksmänner für die Rechtspflege gewählt; diese wurden unter die verschiedenen Gerichtshöfe vertheilt. In Rom finden wir die Recuperatoren und das Centumviralgericht. Der Prätor wählte aus den dazu berechtigten Ständen eine Anzahl von Richtern, nach Cicero waren es dreihundert; die Partheien wählten sich die Richter, und jeder Richter konnte nach eigenem Ermessen Einen oder Mehre sich zur Berathung an die Seite stellen. [3]) In der germanischen Gerichtsverfassung finden wir keine Spur von Einzelnrichtern, die ohne Beisitzer (Pairs des zu Richtenden) das Urtheil fanden, der Richter hatte nur die Direktion, das Urtheilfinden geschah durch die Beisitzer. [4]) In Frankreich sind schon die Tribunale erster Instanz collegialisch, und selbst die Friedensgerichte hatten vor Napoleon ihre prud-hommes assesseurs. Dieselbe Verfassung haben die vier großen Gerichtshöfe in England. In Schweden giebt es in allen Instanzen collegiale Gerichte, in erster, wie

---

[3]) Cicero pro Cluent. c. 43.

[4]) Sachsenspiegel III. a. 30. Schwabenspiegel art. 68.

in zweiter Instanz stehen dem Richter zwölf Beisitzer zur Seite,[5]) und auch in Rußland sind die Mitglieder der Gerichte beim Bauernstand aus den Bürgermeistern, Aeltesten und Geschwornen zusammengesetzt, für die unter den Bürgern vorkommenden Rechtsstreite aber giebt es in größeren Städten die Magistrate, in den kleineren die Rathhäuser aus zwei Bürgermeistern und zwei Skabinen.[6])

74. Mit einer collegialen Verfassung steht auch die Zulässigkeit einer Berufung gegen die Urtheile eines Unterrichters an ein höheres Gericht in naher Verbindung. Jemehr die einfachen Zustände des socialen Lebens sich verloren, je umfassender das System des Rechtes wurde, je verwickelter sich die Thatsachen des Rechtsstreites gestalteten, um so näher lag die Möglichkeit, daß der Richter sich in der Beurtheilung eines streitigen Rechtsverhältnisses irrte, um so mehr lag daher die Nothwendigkeit vor, daß sein Urtheil einer höheren Prüfung, und zwar nicht blos in Civil-, sondern auch in Strafsachen unterstellt wurde. Namentlich im Strafproceß, bei welchem Freiheit, Ehre, Leben auf dem Spiele steht, fordert die Gerechtigkeit Berufungs-Instanzen und verwirft die Dictatur oder Allmacht eines einzigen Richterstuhles. — Schon bei den Römern finden wir daher die Anordnung, daß Jeder, der sich durch die richterliche Handlung eines Prätors oder Magistrats verletzt glaubte, die Abhilfe einer andern Magistratur in Anspruch nehmen konnte, bis erst die Kaiserzeit die Lehre von den Appellationen einer umfassenden Ausbildung

---

[5]) Codex leg. Suecicorum (Koenig) tit. d. artion. c. I. §. 1.

[6]) Jakubowski in der krit. Zeitschr. für Gesetzgebung des Auslandes. Bd. XV. Ziff. 4.

unterwarf. [7]) Wurde bei den Germanen ein Urtheil gescholten, so kam die Sache vor ein mit andern Schöffen besetztes Gericht; in späterer Zeit gab es eine ordentliche Berufung von dem Ausspruche des Gerichts des Grafen an die Landtage der königlichen Sendgrafen (placita regii missi), und von da an den König selbst, oder seinen Stellvertreter, den Pfalzgrafen. Eine Beschränkung in dieser Beschwerdeführung an einen höheren Richter finden wir selbst im römischen Rechte bei Appellationen an das höchste Kaisertribunal [8]) nicht; erst deutsche Reichsgesetze stellten die unbillige Lehre von einer Beschränkung der Berufung an eine bestimmte Summe auf. Mit der Auflösung des deutschen Reiches fiel hier nebstdem noch ein Palladium — das Reichskammergericht. [9]) Eine ehrende Ausnahme jenes in deutschen Landen adoptirten Prohibitivgesetzes finden wir in Würtemberg, wo dem Gemeinderath eine Competenz in geringfügigen Sachen zuerkannt ist, gegen dessen Ausspruch aber nach Eröffnung seiner Entscheidung ein Recurs an das Oberamtsgericht für zulässig erachtet wird, welches das Urtheil des Gemeinderathes durch Ordination abändern kann, wenn dieses gegen die klare Lage der Sache oder gegen klares Recht verstößt. [10]) Wenn auf dem Gebiete des Privatrechtes, wo gleiche Persönlichkeiten vor das Forum treten, die höhere Aequitas und das, auf der gleichen Menschenwürde Aller ruhende Princip der Gleichheit vor dem

---

[7]) Liv. VI. 27. Caesar d. bell. civ. III. 20.

[8]) C. 20. 37 cod. d. appelland. (7. 62) „et in majoribus et in minoribus negotiis appellandi facultas est;“ dieser Bestimmung schloß sich auch das canon. R. in c. 11. X. 2. 28. an. —

[9]) Kamptz: Beiträge zum Staats- und Völkerrecht I. Berlin 1815. S. 173.

[10]) §. 15 des 4. Edikts über die Rechtspflege vom 31. December 1818.

Gesetze Wahrheit sein soll, so muß man auch dem Armen die Wohlthat der Berufung gönnen: denn nach dem Vermögen wird der moralische Werth der Persönlichkeit nicht gemessen und in geringfügigen Sachen kann der Richter eben so irren, als in Streitfällen, wo es sich um größere Summen handelt. Um so tadelnswerther ist es für Frankreich, daß es für rein persönliche Klagen bis auf den Betrag von 1000 Franc's nur eine Instanz bei den Bezirksgerichten hat.

75. Auf der äußersten Spitze der Berufungs-Instanzen steht ein Cassationshof, eingeführt in Frankreich und in den Ländern, die seine Gerichtsverfassung in der Wesenheit adoptirt haben. Wie die Gerichte nach dem Gesetze Recht sprechen gegen die Unterthanen, so soll er den Vollzug des Gesetzes überwachen gegen die Gerichte. Er überwacht daher das äußere Gerüste der Gerichtsformen und das materielle Recht, er entscheidet nicht blos ohne Rücksicht auf eine Berufungssumme, wenn Förmlichkeiten nicht beobachtet wurden, die bei absoluter Nichtigkeit vorgeschrieben sind, ferner bei Ueberschreitung der Amtsbefugnisse der Richter, sondern auch über Erkenntnisse, die gegen das klare Gesetz verstießen (contra jus clarum in thesi), sowie über Competenzconflikte, Perhorrescenzgesuche u. dgl. m. Nach der französischen Einrichtung hat er vielfache Bedenken gegen sich.[11]) Eine zweckmäßige Einrichtung erhielt dieses Institut in der bayerischen Rheinpfalz durch das Gesetz vom 25. August 1843. Verbindet man ihn mit einer Kammer am höchsten Landesgerichtshofe, erscheint er als Berufungs-Instanz bei Entscheidungen gegen klare Gesetze oder absolute Förm-

---

[11]) Feuerbach: über die Gerichtsverfassung in Frankreich. S. 94—119. Hptst. 7. §. 5.

lichkeiten, wo das ordentliche Rechtsmittel der Berufung nicht mehr Statt findet, dient er zugleich als Richter über Competenzconflikte, Perhorrescenzgesuche und als Institut lebendiger Fortbildung des Rechtes, mit dessen Gebrechen er am besten vertraut werden kann, so hat auch er eine wesentliche Bedeutung.

76. Als festen Grundstein für größere Unpartheilichkeit des Richters haben civilisirte Völker auch die Trennung der Instruction des Processes von dem eigentlich erkennenden Richteramte, und des letzteren wieder von der Vollstreckung (Execution) richterlicher Urtheile anerkannt. Dadurch ist der Richter in seine streng abgeschlossene Berufssphäre des Erkennens zurückgedrängt; ferne bleibt ihm das Instructionsamt, das dem Processe gleichsam erst sein formelles Dasein giebt, wobei den Richter leicht Vorurtheile gegen oder für eine Parthei beschleichen können, die mit unbewußter Gewalt durch das Gemüth die richterliche Reflexion zu bewältigen suchen; ferne bleibt ihm auch Execution und so bleibt ihm auch die Versuchung ferne, nach seiner Vorliebe oder seinem Widerwillen mit dem Schwerte der Gerechtigkeit den Unterliegenden zu richten. — Schon bei den Griechen war die äußere Leitung des gerichtlichen Geschäftsganges von der Richteramtsfunction des Urtheilens getrennt. Jene Leitung hatten besondere öffentliche Beamte, der erste Archon, der Fürstpriester, die Thesmotheten u. A. Die von diesen vorgenommenen präparatorischen Verhandlungen beschränkten sich aber nicht blos auf die Einholung der Klage oder Einrede, sondern auch auf die Aufnahme und Sammlung der Beweismomente. Hierauf erst folgten die öffentlichen Verhandlungen, zu welchen sich doch die Zeugen wieder persönlich stellen mußten. In Rom traten die Partheien zuerst vor den Prätor, er hörte beide Theile, und sprach den Rechtssatz (formula juris) aus, nach welchem der Proceß rechtlich zu beurtheilen

war; die Untersuchung des thatsächlichen Vorbringens der Partheien übergab er dem Richter (judex). Je nach dem Resultat der von ihm gepflogenen Verhandlungen fällte dieser nach der Instruction des Prätor das Urtheil. Eben so sprach hier der Richter die Execution zwar aus, vollzog sie aber nicht, sie wurde dem Gläubiger überlassen, (Personalexecution durch Schuldknechtschaft). Bei den Germanen hatte der Richter blos die Leitung des gerichtlichen Verfahrens, das eigentliche Urtheilsfinden stand den Schöffen zu, der Richter sprach sodann das so gefundene Urtheil öffentlich aus; die Execution aber geschah häufig durch Bürgen, die den richterlichen Ausspruch selbst besorgten, oder durch Vicare des Grafen. In Frankreich wird die Instruction von der Ladung und Klage bis zur letzten Schrift außer dem Gerichte zwischen den Anwälten (avoués) durch Vermittlung des Huissier's beschäftigt, die Gerichte haben in der öffentlichen Audienz die Anträge der Partheien zu hören, und das Urtheil zu finden, dessen Vollstreckung wieder Sache des Huissier's ist. Diese Trennung der verschiedenen Gewaltzweige in der Ausübung der Jurisdiction macht sich auch im Strafprocesse geltend, wo man die erste Instruction einem Einzelrichter überweist, das Urtheil selbst aber von rechtsgelehrten Richtern gesprochen wird, wobei in manchen Ländern noch dabei die Eigenthümlichkeit hinzutritt, daß erst vor Geschwornen auf ihre moralische Ueberzeugung hin die Thatfrage über „Schuldig" oder „Nichtschuldig" entschieden sein muß. —

77. Um nun auch das Vertrauen in die Gerechtigkeitspflege des Staates nach Außen zu nähren, und die Achtung und Herrschaft der Gesetze beim Richteramte, wie beim Volke zu erhöhen, finden wir in der Geschichte der Culturvölker ein auf Grundlagen der Schriftlichkeit ruhendes mündlich-öffent-

liches Gerichtsverfahren. Schon der Aegyptier liebte das schriftliche Verfahren, er mißtraute der absoluten Mündlichkeit, damit das richterliche Urtheil unbestochen bleibe durch erheucheltes Mitleid und die blendende Redekunst, damit aber auch der Talentvolle keinen ungerechten Sieg erringe über den minder Begabten. Bei den alten Griechen wurde nach erfolgter Ladung der Klageakt, wie die Einreden, bei der competenten Magistratsperson niedergelegt, ehe es zur öffentlichen Verhandlung kam. Es bestand diese Mündlichkeit und Oeffentlichkeit des Verfahrens aber ebenso auch bei den alten Hindu's und Hebräern, als bei Römern und Germanen. Bei den Juden war die Gerichtsstätte ein öffentlicher Platz vor einem Thore der Stadt, die Verhandlungen waren mündlich und summarisch. Die Fülle glänzender Beredsamkeit, die das alte Griechenland in öffentlichen Gerichtsverhandlungen entfaltete, sind ohnehin bekannt. In Rom war die Gerichtsstätte das Forum. Bei den Germanen war die Mallstätte unter freiem Himmel, in Kirchen oder Hainen; hier saß der ergraute Gaurichter mit der Grafenkrone auf dem Haupte, mit dem Stabe in der Hand, um ihn seine Schöffen, in fernerem Kreise das Volk; Alles um ihn her in erhabener Todesstille, wenn er das Gericht zu hegen begann. Oeffentliches Verfahren ist jetzt in England, Frankreich, in den Niederlanden, Italien, America, der Schweiz u. a.

78. Das Recht ist in den ersten Entwicklungsperioden des socialen Lebens nothwendig ein einfaches, ein aus dem natürlichen Rechtsbewußtsein des Volkes sich bildendes traditionelles Gewohnheitsrecht. Darum können uranfänglich alle freien Männer Rechtsprecher sein. Je mehr aber im Laufe der Zeit ein Volk feste Wohnsitze erhält, sich Stände bilden (Lehensleute, freie Männer, Ministerialen), der Grundbesitz vielfachen Veränderungen unterliegt, werden sich die Streit=

fälle und damit die Rechtsnormen vermehren. Darum geht das Urtheilfinden, das Rechtsprechen allmählig von dem Umstande zu den Schöffen über, bis auch diese bei fortgeschrittener Civilisation durch rechtsgelehrte Richter abgelöst werden. Auch in Rom bedurfte der judex am Ende der responsa prudentum, und nahm sich rechtsgelehrte Assessoren zur Seite. Das Recht verliert seine Popularität, wird Eigenthum eines besondern, d. i. des Juristenstandes. [12]) Dieser Entwicklungsgang des Rechtes bedingt aber nothwendig das Dasein der Advokatur. Das Recht ist aus der Sphäre des gemeinen Volksbewußtseins verschwunden, hat sich in die engere Sphäre eines besonderen Standes zurückgezogen. Wie die kränkelnde organische Natur eines Heilkünstlers, so bedarf das gekränkte Rechtsleben eines Rechtskünstlers. Der Nichtjurist bedarf eines rechtsgelehrten Vertheidigers, sowohl damit dieser für ihn das gelehrte formelle Recht behaupte, als auch ihn gegen etwaige Willkühr des Richters schütze. Die Advokatur ist daher ein Institut civilisirter Zeitalter. In der Türkei, in Siam, Persien und China giebt es keine Advokaten. Diese Völker blieben in der Kindheit der Entwicklung und die Staatscuratel ihre absolute Führerin. Wer darum seine Schuld hier nicht bezahlt, den Andern beschädigt, wird nicht nur verurtheilt, sondern auch mit Strafe belegt. Aber selbst bei solchen Völkern giebt es Ausnahmen: Das indische Volk läßt die freie Wahl eines bevollmächtigten Redners (Vakil) zu, und auch im despotischen Birmanien giebt es einen eigenen Advokatenstand. Dagegen hat sich schon früh in Rom und in Deutschland ein besonderes Amt der Fürsprecher gebildet, und die Advokatur wurde bei allen Culturvölkern als ein Stand der Ehre geachtet. Der Advokat in Frankreich spricht zum Rich-

---

[12]) v. Savigny: vom Berufe unserer Zeit für Gesetzgebung, Berlin 1814.

ter mit bedecktem Haupte, in England werden die Präsidenten- und Oberrichterstellen durch ausgezeichnete Advokaten besetzt. Advokaten-Innungen und Rathskammern sind Wächter der Ehre dieses Standes. Während aber d'Aguessau behauptet, „ihr Stand sei so alt, wie das Richteramt, so edel wie die „Tugend, so nothwendig wie die Gerechtigkeit selbst", ruft Justus Möser schmerzlich aus: „man hat den Advokaten „bloß den Weg des Gewinnes übergelassen, der immer ge- „fährlicher wird, je weiter er ohne Begleitung der Ehre fort- „geht. Und doch soll der Advokat ein großes Herz für Witt- „wen und Waisen, einen edlen Muth gegen Mächtige und „Unterdrücker haben![13])

79. Es gehört aber auch das Begnadigungsrecht unter die positiven Bürgschaften einer höheren Gerechtigkeit. Es wurzelt in dem lebendigen Bewußtsein der Unvollkommenheit menschlicher Strafgesetze, die mit ihrem todten Worte nie in die Seele des Verbrechers schauen, und den Sturm seiner Seele begreifen, ehe er die strafbare That verübte, auch kein Mitleid mit Denen kennen, die unschuldig der That, die ganze Schwere ihrer Strafe mit empfinden sollen. Mit ihm in Verbindung steht das richterliche Milderungsrecht, und des Richters Freiheit, zwischen dem Minimum und Maximum der Strafe zu erkennen. Anerkennungswürdig ist es endlich, wenn die Gesetze einem Angeschuldigten auf den Grund neu aufgefundener Beweismittel die Wiederaufnahme der Untersuchung oder den im bürgerlichen Processe Unterliegenden aus

---

[13]) J. Möser: patriot. Phantasieen, III. n. 51 S. 204. Umsonst war daher der Versuch Friedrichs II., fruchtlos das französische Gesetz vom 2. September 1790, das Institut der Advokatur zu vernichten.

gleichem Grunde die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bewilligen. —

80. Und so hat denn das positive Recht sich mit einer Reihe von Institutionen umgeben, die auch dem materiellen Rechte die Hand zum Siege reichen. Da, wo diese Einrichtungen eine Gesetzgebung in sich aufnähme, in einer Gestaltung, wie sie dem höheren Zwecke des Gerechten dienen, hätte wohl auch das positive Recht Alles oder doch Vieles für sich, dagegen müßte das Meiste den Menschen zur Last fallen, die sich seiner höheren Ordnung nicht fügen. Erwägt man aber die ernste Sorgfalt der Geschichte auch auf diesem Gebiete menschheitlicher Entwicklung, wo es sich um Eigenthum und Vermögen, um Ehre und Freiheit, wie um das Leben handelt, so ist die höhere Lenkung nicht zu verkennen, die allen Nationen ihr eigenthümliches Ziel gesteckt. Jedes Volk hatte, wo ihm nur keine Form aufgedrungen, sondern eine organische Selbstentwicklung seines Lebens möglich war, auch die, ihm in der Periode seiner Geschichte angemessene Organisation seiner Gerichte. Wenn in der Kindheit seines Lebens der Mensch mehr als später einer selbstständigen Führung bedarf, so mußte auch in der Kindheit der Völker die Staatscuratel die höhere Obsorge hegen und den Unrechtthuenden, wie Einen, der das Staats- oder Sittengesetz beleidigte, nicht bloß mit der Restitution des zugefügten Schadens, sondern auch mit der Strafe des moralischen Frevels ahnden. Darum hatte der Proceß bei den orientalischen Völkern den Charakter einer Untersuchung, die Maxime der Furcht mußte das kindliche Geschlecht im Zügel des Gesetzes halten, wie Gott selbst in dieser Weise die Menschheit nach dem alten Testamente erzog. Da aber, wo die Menschheit, wie bei den alten Republiken im Selbstgefühle der Jugend jedes Gesetz niederwarf, sich selbst zum

Souverain des Gesetzes erhob, da mußte auch jede Untersuchung schwinden, und der Mensch sich selbst zum Gesetze und Richter machen, wenn er auch an sich selbst zum Despoten werden müßte. Darum ist hier das Volk selbst Richter geworden, oder vielmehr der Richter ist Sache seiner Wahl: denn seine eigene Freiheit ist sein Staats- und Sittengesetz. In der römischen Geschichte wird das Gesetz schon auf öffentliche Tafeln geschrieben, die Willkühr verschwindet, der Prätor achtet sein eigenes Gesetz, und erhebt es zum Imperativ der Streitenden. Oft aber hat das Volk des Alterthums seine gesetzgebende Gewalt in selbstherrischer Laune durch Willkühr mißbraucht. Männer voll heroischer Tugend, voll der glühenden Vaterlandsliebe warf es in die dunkle Nacht des Kerkers, oder sendete sie in die Verbannung. [14]) Darum erringt sich in deutscher Geschichte bei erstarktem Königthume das Richteramt seine von des Volkes Gewalt unabhängige Stellung, und erhält eine Macht, selbstständig und frei selbst von der höchsten Staatsgewalt. Und so ist auch hier mitten unter allen Trübungen der Völkergeschichte ein Fortschritt für den besseren Sieg des wirklichen Rechtes unverkennbar gegeben. Die Errungenschaft der Vergangenheit wird das Erbe kommender Geschlechter, und taucht, selbst verkannt, wieder mit

---

[14]) Diese Ungerechtigkeit des Alterthums, mit der es seine Feldherrn und Helden, seine Gesetzgeber und Weisen behandelt, gehört gewiß mit zu den Ursachen des frühen Sturzes der einst blühenden Republiken. Wer kann, ohne inneres Ergriffensein die herzkränkenden Leiden betrachten, welche die größten Männer des Alterthums von der Volkslaune erdulden mußten. Man denke an die Stellen in Livius: III. 12. VI. 20. XLIII. 16. XXVI. 3. XXXVIII. 52. 53, wo es von dem großen P. C. Scipio heißt: „Silentium deinde de Africano fuit, vitam Literni egit *sine desiderio urbis*. Morientem rure eo ipso loco sepeliri se jussisse ferunt, monumentumque ibi aedificari, *ne funus sibi in ingrata patria fieret*.

verjüngter Kraft hervor. England hat die Reception des römischen Rechts verschmäht, aber wie groß ist die Aehnlichkeit in den Grundzügen des englischen und römischen Processes in der Scheidung der That- und Rechtsfrage, in der strengen Formulirung der Anträge, in der Abhilfe gegen diese Strenge der ordentlichen Gerichte (strictum jus) durch die Billigkeitsgerichte! Ist nicht diese Trennung in den Functionen des Richteramts, die Mündlichkeit, und Oeffentlichkeit, die Collegialität der Gerichte, die Organisation von Schiedsgerichten u. A. schon am Aufgange der Geschichte bei den Hellenen geschrieben als eine Leuchte, welche die langen Jahrhunderte hinab bis auf die Gegenwart fortzündet, und am Ende dem Uralten den Sieg bereitet? So bleiben die Kleinodien der Vergangenheit auch dem jüngsten Erben gerettet, er knüpft sie an den modernen Rock der Zeit, und — jene Wahrheit strahlt vor Allem, die sich in der Geschichte bewährt. Formen, die längst untergegangen, steigen wieder auf aus dem stillen Oceane der Zeit, weil sie nur die Unbill der Zeit verdrängte, und sie in der ewigen Natur der Dinge ruhen. Wo sie aber nicht diese für sich haben, wird kein Sturm der Leidenschaft sie dem Genius der Zeit abtrotzen, oder dieser wird sie bald ihr wieder entreißen. Darum müssen wir auch auf diesem Gebiete die heilige, providentiale Macht verehren, welche die Menschheit zu höherer Entwicklung führt, und in deren Hand Jahrhunderte nur Momente sind. Man soll darum dieser Ordnung als einem höheren Willen unterthan sein, aber auch die eigene Mitwirkung zur Fortbildung offenbaren, damit das Wahre und Gerechte immer mehr zur That, und die sittliche Weltordnung immer mehr zur Verwirklichung komme. —

Fünftes Buch.

Die Maximen der Gesetzgebung des bürgerlichen Processes.

Erstes Kapitel.

Die Maximen des Civilprocesses in ihrem Zusammenhange mit der politischen und Culturgeschichte.

81. Die Elemente, welche wir in der Weltgeschichte als die bewegenden Ursachen der Staatsformen betrachteten, und die je nach den Perioden der politischen oder Culturgeschichte mehr oder minder sich auch in den Institutionen des Staates spiegeln [1]), treten auch hier auf dem Gebiete des Processes, des bürgerlichen wie des Strafprocesses hervor, in letzterem aber in einer tiefer und allgemeiner gefühlten Weise, weil es minder schmerzlich ist, Einbuße an Vermögen, als an der Ehre, Freiheit oder Leben zu leiden. Denn das Privatunrecht

---

[1]) Vgl. I. Buch §. 8. 9. und Warnkönig: Rechtsphilosophie. Freiburg 1839. §. 199.

verletzt die Rechtsordnung nur an Einzelnen, das Verbrechen aber greift die öffentliche, die Rechtsordnung des Staates an. Das Privatunrecht übersteigt zwar oft objectiv den Betrag des Schadens, der aus einer strafrechtlichen That entfloß; aber hier drückt die Subjectivität des Handelnden, und die Art und Weise, wie solche That in's Leben tritt, dieser den Charakter der Gemeingefährlichkeit auf. Jenes verübt der Unrecht Handelnde nur einem bestimmten Individuum gegenüber; dieses, das strafrechtlich-ahndungswürdige Unrecht verübt der Thäter Jedem gegenüber, der in der Lage ist, daß er an ihm seinen gemeinfährlichen Willen erproben kann. Die That allein, als das Mittel, seinen verbrecherischen Zweck zu verwirklichen, lebt in der Seele des Verbrechers, das Individuum, dessen Vermögen die verbrecherische That berührt, liegt ihm nicht so nahe. Wer ferner das Privatrecht eines Andern nicht anerkennt oder verletzt, hat privatrechtliche Vertheidigungsgründe, die ihn — scheinbar oder wirklich — rechtfertigen, er täuscht sich aus Eigenliebe oft selbst über die Reinheit der Motive, die das Privatunrecht in ihm hervorrufen, er unterwirft sich aber auch freiwillig dem gesetzmäßigen öffentlichen Gange des processualischen Rechtsverfahrens und dem Richterspruche, der ihn zur Schadloshaltung verurtheilt, und verhehlt so nirgends seine That. Anders der Verbrecher. Sein Unrecht scheut das Licht, er fürchtet den Tag, der ihn seinem Beraubten gegenüberstellt, ihm steht keine, wenn auch nur scheinbare privatrechtliche Vertheidigung zur Seite. Und so ist die Gefährlichkeit der Gesinnung das sicherste Kennzeichen, an welchem der Uebergang des Unrechtes in die strafrechtliche Sphäre erkennbar ist. Der Richter hat aber in beiden Fällen die Aufgabe, die verletzte Rechtsordnung wieder herzustellen, und zwar dem Privatunrechte gegenüber im bürgerlichen Processe, dem Verbrechen (Vergehen) gegenüber im Strafprocesse. Dort hat

er daher das Privatunrecht, welches ein Staatsangehöriger dem Andern zufügte, wieder aufzuheben, und einen Rechtszustand wieder unter Beiden zu verwirklichen, wie er vorher bestand, somit die gestörte rechtliche Gleichheit zwischen Beiden wieder herzustellen, oder die Ungleichheit in das ursprüngliche Gleichgewicht zu verwandeln. Der Richter ist hier der Mittler, das ausgleichende Organ zwischen Dem, der Unrecht leidet, und Jenem, der Unrecht thut, er giebt Jenem wieder, was ihm gebührt. [2]) Im Strafprocesse dagegen bleibt die Wiederherstellung des privatrechtlichen Schadens ein untergeordnetes Element, die Rechtssicherheit des Ganzen, die im Verbrecher bedroht ist, fordert aber eine Zurückdrängung des verbrecherischen Willens in sich selbst, eine Feßlung seiner Willkühr, damit in so lange der sociale Friede nicht bedroht werde, der Verbrecher in sich selbst einkehre, und zum Bewußtsein seines Frevels, zur Erkenntniß seines Eingriffs in die sittliche Weltordnung komme, welche gebietet, daß er in dem Maaße gestraft werde, und zu büßen habe, als er gesündigt hat. Der Verbrecher hat die allgemeine Gerechtigkeit verletzt, und der Richter handelt auch hier nur als das ausgleichende Organ, als der Mittler zwischen dem Angeschuldigten, und der, Buße fordernden Gerechtigkeit. Dennoch aber ist die Stellung des Richters im bürgerlichen Processe eine andere als die im Strafprocesse. In Letzterem hat er im Interesse der öffentlichen Ordnung unaufgefordert einzuschreiten, damit der Thatbestand hergestellt und die Bestrafung oder Befreiung des Verbrechers vermöglicht werde. Im bürgerlichen Processe aber handelt es sich um Rechte zwischen beiden Partheien, die auf diese ihre Rechte verzichten können, daher

[2]) Das προσηκον, suum cuique: vgl. meine Periode der Rechtsphilosophie. §. 30.

ein Einschreiten des Richters von Amtswegen nur ein Eingriff in diese Privatrechte der Partheien wäre. Anders im Strafproceß: über die öffentliche Rechtsordnung, welche der Verbrecher bedroht, kommt ihm keine Verfügungsgewalt zu, hier tritt eine sittliche Macht in den Vordergrund, die über ihm steht. Aber für beide Processe besteht derselbe Zweck: Die Wiederherstellung der verletzten Ordnung des Rechts.

82. Wenn daher auch im bürgerlichen Processe der Richter nicht von Amtswegen einschreiten darf, von dem Antrage der Partheien um Gewährung des Rechtsschutzes abhängig ist, so muß er doch, wenn nur von den Partheien einmal aufgefordert, von Amtswegen alle weiteren Schritte thun, um die zwischen beiden Partheien verletzte Rechtsordnung wieder herzustellen, ohne daß er im späteren Verlaufe des Proceßverfahrens noch eines besonderen Anstosses von den Partheien bedürfte. Dieser Gedanke liegt der sog. Untersuchungsmaxime im bürgerlichen Processe zu Grunde, während es in dem Principe der Verhandlungsmaxime liegt, daß auch im späteren Verlaufe des Processes die richterliche Thätigkeit von den Anträgen der Partheien abhängig bleibt, und er nichts in die Wagschaale des Processes legen darf, was nicht die Partheien kraft ausdrücklicher Willenserklärung in solche legten, so daß ihm nur das Urtheil über das Gleich- oder Schwergewicht der Kräfte verbleibt. Solch ein Gegensatz tritt auch im Strafprocesse hervor. Der Richter muß hier von Amtswegen einschreiten, damit die Spur des Verbrechens und mit ihr die Strafe des Verbrechers nicht verloren gehe. Aber als Mittler zwischen dem Angeschuldigten und der angegriffenen Gerechtigkeit soll er im Interesse dieser die Schuld verfolgen, im Interesse des Angeschuldigten auch seine Vertheidigung führen, der Anwalt seiner Unschuld sein. Da er jedoch

auch die unmittelbare Parthei der Gerechtigkeit vertreten soll, so wird in ihm der Charakter der Verfolgung der Schuld überwiegen, er wird im Angeschuldigten meist nur den Verbrecher verfolgen, die mögliche Unschuld zu vertreten, wird nicht seine Sache sein. Darin liegt das Wesen der Inquisitionsmaxime. Diese Collision sucht das Accusationsprincip zu verhüten, es stellt einen Ankläger auf, der das Moment der Schuld, es stellt für den Angeschuldigten, wenn er diese Rolle nicht selbst übernehmen will, einen Vertheidiger auf, der das Moment seiner Unschuld (Nichtschuld) vertritt, und stellt den Richter in die Mitte, damit er in neutraler Stellung Beide höre, und das Resultat seiner, im gleichzeitigen Interesse Beider gepflogenen Untersuchung einem höheren, dem erkennenden Richter in Vorlage bringe. Wenn man nun beide Maximen historisch betrachtet, so ruht die Untersuchungsmaxime im Civilprocesse auf demselben Grunde, wie das Inquisitions-Princip im Strafprocesse, eben so verwandt ist die Verhandlungsmaxime dort, das Anklageprincip hier. Beide Principien sind durch historische Zustände der Völker, ihre Cultur, Sitte und Staatsverfassung bedingt.

83. So vernünftig eine Staatscuratel für Minderjährige ist, so nothwendig erscheint die Untersuchungsmaxime für die Völker in ersten Bildungen des socialen Lebens bei niederen Stufen der Cultur. Eben so wird da, wo der Staat schwere Kämpfe mit der Barbarei der Zeit zu bestehen hat, wo der sinnlich-wüthende Frevel die Staatsordnung zu bewältigen ringt, das Inquisitionsprincip im Strafverfahren von selbst sich geltend machen. Ruhiger gewordene Zeiten der Cultur verwerfen aber dieses Princip, weil es dem Richter die naturwidrige Rolle des Anklägers, Vertheidigers und Inquirenten zugleich überbürdet, und sprechen daher dem Anklageprincip

das Wort. Dasselbe Motiv begründet auch im Allgemeinen das Verhandlungsprincip im Civilproceß. Aber auch da, wo die Untersuchungs= oder die Verhandlungs=Maxime die Grundlage des bürgerlichen Processes ist, haben doch auch beide Maxime manches Gemeinsame mit einander. Vor Allem tritt bei jener Maxime das Element der Freiheit, bei dieser das Element der Staatscuratel (Staatsordnung) mehr in den Hintergrund: aber beide bekennen sich zu dem einen Princip, daß es keinen Zwang zur Rechtsverfolgung gebe, beide fordern eine gewisse proceßualische Ordnung des Verfahrens, der sich der Private unterwerfen muß, wenn er vom Staate ein Erkenntniß und den Vollzug seines Rechtes erwirken will; beide lassen sohin der Freiheit ihre Gewähre, wie dem Staate seine Ordnung. Aber das Vorwalten eines dieser Maximen erzeugt eben so unzweifelhaft Gegensätze. Bei der Untersuchungsmaxime wird der Ungehorsam gegen richterliche oder gesetzliche Anordnungen immer mit der schwersten Folge für den Ungehorsamen geahndet, das Verhandlungsprincip aber nimmt als Folge des Ungehorsams die Fiction an, daß die Klage abgeläugnet sei, und begünstigt nicht selten den Ungehorsam hierdurch in Fällen, wo ihn, den Ungehorsamen, selbst die Beweislast getroffen hätte. Dort ist die Rücksicht, daß der Ungehorsam die dem Richter (Staate) schuldige Ehrfurcht verletze, hier die Rücksicht, daß der Ungehorsam den Richter gar nicht berühre, sondern nur eine Versäumniß sei, die dem Gegner zum Nachtheile gereiche, das entscheidende Moment, dort daher das Element der Staatsordnung, hier das der individuellen Freiheit überwiegender Natur.

84. In den ersten Entwicklungsperioden der Staatengeschichte tritt die Idee der Obervormundschaft des Staates

in durchgreifender Weise hervor; in den Zeiten der Cultur nimmt diese Obsorge des Staates die Natur der Oberaufsichtsgewalt an, und das Bevormundungsprincip bleibt als Ausnahme bei curatelbedürftigen Personen und Sachen stehen. Die Staatengeschichte geht mit ihrer Menschheit Hand in Hand, sie ist in den Zeiten des Friedens eine stetige Fortbildung, eine nationale Erziehung, und der Staat erscheint wie eine providentiale Macht, weil in ihm nur und in der Kirche die ruhige Entwicklung des ganzen menschheitlichen Lebens, die stets fortreifende Bildung für die höchsten Lebens-Interessen und Zwecke (das Reich Gottes) vermöglichet ist. In der Kindheit des Lebens hat Unmoralität noch äussere Strafe zur Folge, in höherem Lebensalter ist die sittliche Charakterbildung dem Menschen freigegeben, die sittliche Bildung wird ein inneres providentielles Wirken und Walten im Gemüthe des Menschen und durch äussere Lebensschicksale, die dem tieferen Geiste begreiflich als Führungen Gottes erscheinen. Die Verbote Gottes an das israelitsche Volk werden in der christlichen Menschheit Gebote der Liebe. — Nach diesem Bildungsgange der Menschheit wird denn auch die Unmoralität auf dem Rechtsgebiete in der Kindheit der Völker, welche der Staatsbevormundung noch unterliegen, mit äusseren Strafen belegt. Wer Unrecht übt, ist Uebertreter des Gesetzes, unterliegt daher nicht blos im Rechtsstreit, sondern verfällt auch noch der Strafe. Wer in China drei Monate nach der Verfallzeit sein Kapital nicht entrichtet, erhält zehn Streiche mit dem Bambusrohre; wer nach dem Gesetzbuche der Gentoos [3]) eine Klage abläugnet, welche nachher bewiesen wird, wird nicht nur zur Befriedigung des Klägers

---

[3]) a. a. O. Absch. 5. 6.

verurtheilt sondern auch in Geldstrafe genommen; wer seine Klage nicht durch die geltenden Beweismittel erproben kann, wird als strafbar betrachtet; wer eine unrichtige Klage stellt, verliert sie nicht nur, sondern wird auch vor die Obrigkeit gezogen. So fällt hier überall das Unrecht, wenn auch nur in der Sphäre des Privatrechts verübt, in das Gebiet des Strafrechts des Staates, eben darum nimmt auch der bürgerliche Rechtsstreit ganz die Natur einer Untersuchung an. Wenn in Siam Klage und die Antwort auf solche in das Gerichtsprotocoll niedergelegt sind, dann werden beide Streitstheile vor dem Richter durch Fragen über das Sachverhältniß inquirirt, welche sie in der Form von „wahr oder nicht wahr" zu beantworten haben. Ebenso besteht nach dem Gesetzbuche der Gentoos die Vorschrift, daß der Richter die ganze an ihn gebrachte Streitsache bis auf den Grund untersuchen soll. Wie das Untersuchungsprincip hier bis in's innerste Mark des Lebens drang, möge man daraus entnehmen, daß ein Schiedsrichter bei der Untersuchung eines Streitfalles aus Gemüthsbewegungen der Partheien, z. B. daraus, wer von denselben stammelt, die Farbe verändert, an der Stirne schwitzt, berganstehende Haare bekömmt, zittert, weint, während der Verhandlung Zunge und Lippe beleckt — den Schuldigen erkennen soll! —

85. Selbst bei den Griechen war dieser Gedanke noch nicht ganz zurückgetreten; der Zweck des gerichtlichen Verfahrens war die Ahndung einer Schuld, die Partheien wurden zur Untersuchung (*ανακρισις*) ihres Rechtsstreites vorgeladen, und diese Untersuchung begann damit, daß beide Partheien einen Eid ableisteten, Wahrhaftigkeit während der gerichtlichen Verhandlungen einhalten zu wollen; aber es trat hier schon eine theilweise Freimachung von dem schroffen Un-

tersuchungsprincipe ein, die Ahndung des Unrechts neben den civilrechtlichen Folgen fand nur noch in gewissen Fällen statt, die an sich schon mehr in das Bereich der öffentlich=strafbaren Handlungen fielen. So trat eine Geldbuße bei Privatklagen wegen Gewaltthätigkeit, eine Leibesstrafe bei der Privatklage wegen Diebstahls ein u. dgl. m. [4]) Die Anakrisis war die Vorprüfung der Verhandlungen, die dem Vorstande, *ἡγεμον δικαστηρίου* oblag, und bestand darin, daß er die Partheien über dasjenige, was sie zur Begründung ihrer Vorträge angeben konnten, befragte, von ihren Beweismitteln Einsicht nahm, ihre gegenseitige Zugeständnisse schriftlich aufzeichnete und mit den Beweismitteln bis zur wirklichen Verhandlung vor dem Gerichtshof verwahrte. Die Anakrisis umfaßte somit die Prüfung, ob der Streitgegenstand überhaupt zur Aburtheilung vor den Gerichten sich eigne, sowie das Bestreben, ihn durch Ausforschung der factischen Streitsmomente wie der Beweismittel zur Verhandlung vor dem Gerichtshofe zu begreifen. [5]) Noch mehr rang sich das alte Rom von einem Untersuchungsverfahren los, wo es sich um bloße Privatrechte handelte, und das römische Recht, wie das canonische erkennen überhaupt nur ein richterliches Fragerecht an, in soweit dieses durch den Zweck des richterlichen Verfahrens geboten ist. [6]) Das römische Recht hatte ohnehin die Freiheit in der Verfolgung seines Rechtes gesetzlich anerkannt. [7])

---

[4]) Heffter: a. a. O. 2. Buch.

[5]) Schömann und Meier: der attische Proceß. Halle 1824. 1. u. 4. Buch.

[6]) Tit. Dig. d. interrogat. (11. 1.) c. 10. X. de fid. instrum. et Clem. 2. de V. Sign: „interrogabit judex partes sive ad eorum instantiam, sive ex officio, ubicunque hoc aequitas suadebit.

[7]) const. un. C. (III. 7.) —

86. So lange in der germanischen Gerichtsverfassung das Verfahren mündlich war, die Partheien persönlich vor dem Richter erschienen, konnte auch hier jede Dunkelheit durch Fragen an die Partheien aufgehellt werden. Doch mußte auch hier nach dem natürlichen Entwicklungsgange vorerst die Untersuchungsmaxime ihren Gang über die Bretter der Gerichtsstätten nehmen, und so war das Verfahren bei den alten öffentlichen Gerichten in Deutschland, die Verhandlungen bei den ehemaligen Parlamenten in Frankreich, das articulirte Verfahren vormals in Bayern u. A. von diesem Geiste getragen. Nachdem aber das mündliche Verfahren vor Gericht gänzlich unterging, die Oeffentlichkeit verschwand, nachdem nur die Schrift mit ihrem nicht selten verlarvten Trugsysteme zum Richter sprach, und das Recht hinter seinen verschlossenen Mauern immer künstlicher wurde, — da fingen die Processe an, sich zu verewigen, Richter und Partheien zu überleben, und die Urtheile ergingen erst über der Großältern Grab. Die Ewigkeit der Processe war zum Sprichworte geworden, die in ihrem Gefolge natürliche Verkümmerung und Noth mußte daher auch das Nachdenken für Mittel anregen, damit die Justiz aus dem Aktenmoder erstehen, Richter und Parthei sich wieder mit offenem Visiere in's Auge sehen könnten. Es mußte aber auch die Zauberkraft der Rechtskünstler (Advokaten) aus den Hallen der Themis weichen, und der Richter mit durchdringendem Forscherblicke in die innersten Eingeweide des Streites sehen können, um die dunkeln Fäden zu entwirren, und aus finsterem Schachte die goldene Wahrheit, das Recht, das ewige, das wahre Recht herauszuholen. Es war ein großer, ein königlicher Gedanke, der zur Verwirklichung dieses Zieles in Friedrich's II. Herrscherbrust reifte, und nun, bald eine hundertjährige Eiche im Lande der Preußen Wurzel schlug, seine Aeste über andere deutsche Länder verbreitend. —

Zweites Kapitel.

Die Untersuchungsmaxime des preußischen Processes und ihr Verhältniß zur Verhandlungsmaxime.

87. Die Klage über die Verwaltung der Justiz und über die Ewigkeit der Processe hatten längst Friedrich's II. Gemüth mit Unmuth erfüllt. Der Entwurf von Cocceji, auf die gemeinrechtliche Grundlage der Verhandlungsmaxime erbaut, war nicht im Geiste dieses Königs; willkommener war ihm der von dem Staatsminister von Carmer 1774 vorgelegte Plan über die Justizverbesserung, worin schon die Idee enthalten war, die der jetzigen Proceßordnung zu Grunde liegt, welche auch 1780 wirklich zu Stande kam, und 1781 als allgemeine Gerichtsordnung für die preußischen Staaten verkündet wurde. [8]) Ihr schwebt der ideale Gedanke vor, das formelle Recht möglichst zu verdrängen, das materielle Recht möglichst zu verwirklichen. Die Advokatur, aus eigenem Interesse mehr im Sinne des formellen Rechtes thätig, mußte daher beschränkt, das schriftliche Verfahren, in welchem die Möglichkeit der Proceßverzögerung enthalten war, durch das mündliche mehr ersetzt werden, der Richter sollte die persönliche Anwesenheit der Partheien benützen, der Wahrheit des Sachverhältnisses auf die Spur zu kommen, und sollte daher durch ihr Vorbringen in diesem Streben nach der materiellen Wahrheit nirgends beengt sein. Die Anträge der Partheien sind darum keineswegs das ausschließliche Medium der richterlichen Ueberzeugung, die Erforschung der Wahrheit ist der principielle Grund seiner amtlichen Thätigkeit, daher verfolgt er von Amtswegen jede Spur zur Enthüllung der

---

[8]) Vgl. Grävell's Prüfung der Gutachten der Immediat-Justiz-Commission am Rhein. Leipzig 1819. I. S. 318.

Wahrheit und zur Aufklärung über die innere Natur und die wahre Wesenheit des streitigen Verhältnisses. War die Verwirklichung des wirklichen Rechtes der letzte Grund der richterlichen Thätigkeit, so konnte die Ermittlung des Rechtes auch nicht von dem Zufalle des Talentes, der Rednergabe, von ihrer Verschmitztheit oder Aufrichtigkeit und Wahrheitsliebe, und überhaupt nicht von den Eigenschaften der Partheien abhängig bleiben. Er muß daher ergänzen, was der Parthei zu ihrer vollen Rechtsvertretung fehlt, muß mit ihr selbst das Drama des Processes durchspielen, und muß in seiner Untersuchung so lange fortfahren, bis alle Thatsachen aufgehellt erscheinen. Er soll dieses Ziel durch Belehrung, Warnung und selbsteigene Vernehmung der Parthei, selbst durch Aufsuchung von Mitteln, auf welche sich die Partheien nicht berufen, erreichen; darum kann er Herausgabe von Urkunden fordern, Adcitation verfügen, Einreden ergänzen und zwar dieß Alles von Amtswegen. Die Untersuchungsmaxime macht es folgerecht den Partheien zur Pflicht, die reine Wahrheit zu sagen, der Richter hat kein anderes Ziel, als die Auffindung der Wahrheit des Sachverhältnisses, der Ungehorsam erscheint darum mehr als Verletzung des richterlichen Ansehens, und das Streben, materielles Recht zu finden und zu sprechen, führte zur Gestattung von Novis in der Berufungs-Instanz, welche der Oberrichter instruiren und bei der Urtheilsfindung berücksichtigen muß, überhaupt zu dem beneficium, nondum deducta deducendi, nondum probata probandi, welches bis zur höchsten Revisions-Instanz geltend gemacht werden kann. Eben so führte auch das Streben, die Dauer der Processe zu beschränken, zu der Bestimmung, daß die Partheien gleich bei der Verhandlung ihre Beweismittel benennen und produciren mußten, wornächst das Beweisverfahren mit der Verhandlung über die Thatsachen und die Streitpunkte in einem

Zuge sich fortbewegte, die Nothwendigkeit eines eigenen Beweis=Interlocuts wegfiel, indem die Partheien nur durch Decrete zur Beibringung etwa nöthiger Beweise aufgefordert werden. In der folgerechten Entwicklung ihres Princips hat diese Proceßordnung manche positive Gewähre gegen richterliche Willkühr und zur Verwirklichung des materiellen Rechtes aufgestellt. Schon jene Zulässigkeit von Novis in den höheren Instanzen war als ein Mittel gegen Oberflächlichkeit oder Willkühr der untern Instanzen nach seiner Bestimmung zu betrachten; denselben Zweck sollte auch die nothwendige Aufstellung eines sorgfältigen status causae et controversiae vor dem Erkenntnisse erfüllen,[9]) dazu dienten auch die über die Führung des Richteramts aufgestellten Controllen, wie namentlich, daß zwischen dem instruirenden und erkennenden Richter zur Ueberwachung des Ersteren der Decernent steht, daß Partheien wie Anwälte richterliche Ungebühr zu jeder Zeit rügen, und etwaige Versehen noch bis zur letzten Instanz verbessern können, daß dieselben auch für jegliches Vorbringen die protocollarische Aufnahme fordern können u. A.[10]) Daß hiernach die dieser Proceßordnung zu Grunde liegende Maxime wohlmeinend, dem höheren Interesse des materiellen Rechtes dienlich, und darum der Anerkennung würdig sei, bedarf keines weiteren Beweises, und selbst practische, erprobte Männer huldigten ihr Leben lang ihren Grundsätzen und blieben ihre beharrlichen Vertheidiger.[11])

---

[9]) Mallinkrodt: der preußische Proceß. Jena 1819.

[10]) Mittermaier: der gem. deutsche Proceß I. §. 5.

[11]) So namentlich Dr. W. Puchta, der selbst über 12 Jahre preußischer Richter war, in seinen Beiträgen zur Gesetzgebung und Praxis. I. Erlangen 1822. Ziff. II.

88. Auf andere Grundlagen ruht die Verhandlungsmaxime des gemeinen Rechts. Grundgedanke ist hier: es giebt kein Verfahren von Amtswegen, der Richter ist in der Regel an die Anträge der Partheien gebunden, von Amtswegen ist der Richter nur thätig in Bezug auf die formelle Leitung des Processes, oder wo es sich darum handelt, Nichtigkeiten des Verfahrens zu verhüten, so wie in Ansehung der Prüfung und Aburtheilung der partheilichen Vorträge nach dem Gesetze. Der Richter darf daher in keinerlei Weise Einreden — ausgenommen diese wären schon wesentlich in den Akten enthalten — oder Beweismittel von Amtswegen ergänzen, auf welche sich die Partheien nicht ausdrücklich beriefen, eben so wenig von Amtswegen gegen den Ungehorsam verfahren. Die Appellations-Instanz erkennt nur auf den Grund der Akten der vorigen Instanz, Nova werden nur durch das Rechtsmittel der Restitution für zuläßig betrachtet und gehen in der Regel zur Instruction und Aburtheilung an den Unterrichter zurück. Der Verhandlungsmaxime hat sich auch der französische Proceß angeschlossen, auch er huldigt der höchsten Achtung der Privatfreiheit, betrachtet den Richter nicht als Vormund, nicht als Gewissensrath, sondern als Schiedsrichter; dem Richter steht daher hier nur die Urtheilsfindung mit Ausschluß der Proceß-Instruction und der Urtheilsvollstreckung zu, die Thätigkeit des Gerichts eröffnet sich nur auf Betreiben der Parthei, deren Conclusions die bindende Grundlage des Processes sind, in welchem jedes richterliche Ergänzungsrecht durch die Praxis verpönt ist. [12])

---

[12]) Code d. proced. art. 47. 80. 204. 297. cod. Napol. art. 2223 (les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription) und Prof. Rauter in der krit. Zeitschr. Bd. I. S. 307—22.

Drittes Kapitel.

Gegensatz und Vermittlung beider Maximen.

89. Wie man es von der Untersuchungsmaxime rühmt, daß in ihr die Verpflichtung des Richters ausgesprochen sei, den Ausspruch des Rechtes in einem Processe nicht von den zufälligen Eigenschaften der Partheien abhängig zu machen, sondern ihren beschränkten Einsichten in der rechtlichen Ausmittlung der Sache von Amtswegen zu Hülfe zu kommen, so wird es auf der andern Seite als entschiedener Vorzug der Verhandlungsmaxime anerkannt, daß sie die Partheien nicht ungebührlich bevormunde, ihre Freiheit in ihrem moralischen Werthe achte, und diese nirgends beenge. Selbst Gegner der Untersuchungsmaxime sprechen ihr den unbedingten Vorzug zu, wenn sie nicht zu hohe, ideale Forderungen an die Persönlichkeit des Richters, an seine Rechtskenntniß, Energie, Umsicht, zarte Achtung der Partheien, strengste Neutralität und Gerechtigkeit machte, welche nur Wenige zu erfüllen vermögten. [13]) Gewiß ist aber, daß das Princip der preußischen Gerichtsordnung, daß nämlich der Endzweck des richterlichen Verfahrens in der Verwirklichung des materiellen Rechtes zu suchen sei, als das Ideal einer gerechten Gerichtsordnung zu betrachten ist, und daß jedes positive Rechtssystem nach solchem Ideale zu ringen habe, eben so gewiß ist es aber auch, daß der Staat die Freiheit der Privaten in der Sphäre des Privatrechtes nicht weniger heilig achten müsse.

90. Es handelt sich daher um die Versöhnung dieser Gegensätze, da sie beide Träger einer wahren Idee sind. Die

---

[13]) Reibnitz: Ideal einer Gerichtsordnung I. S. 15. und Mittermaier a. a. O. I. §. 8.

Lebensfrage ist: den Grundgedanken aufzufinden, der das Verhältniß der Freiheit der Partheien zur Gewalt des Richteramts in einer, die Bestimmung und Würde beider umfassenden Weise ordnet und gewährt. Man kann nun hier für die Partheien im Civilprocesse keine größere Freiheit vindiciren, als die ihnen im bürgerlichen Leben überhaupt zukömmt. Es giebt nur eine Freiheit, und zwar eine solche, die um der höheren Lebenszwecke willen besteht, für diese aber unerläßlich ist. Es giebt eine Freiheit, deren der Mensch bedarf, um sein menschheitliches Leben in Religion, Cultur, Sitte und Recht, wie in der mit diesen Zwecken harmonirenden äusseren Glückseligkeit zu entwickeln. Der Mensch, der von dieser Freiheit Gebrauch macht, unterwirft sich daher von selbst dem Gesetze der Sittlichkeit, der Religion und der Rechtsordnung. So bewährt es sich überall, daß Freiheit nur da wahrhaft besteht, wo man sich aus Selbstbestimmung dem Gesetze unterordnet. Es kann somit die Parthei auch im bürgerlichen Processe keine andere Freiheit wollen, als die sich mit dem Gesetze der Rechtsordnung verträgt. Was jenseits dieser Sphäre liegt, wird zur Willkühr, und was die Freiheit innerhalb ihrer Bewegung in der Rechts- und sittlichen Ordnung beschränken will, wird zur ungerechten Gewalt. Der Zweck der Rechtsordnung und der Freiheit setzt somit beiden auch ihre Gränzen. Den näheren Inhalt dieser Wahrheit finden wir für dieses Gebiet in der Natur der menschlichen Persönlichkeit. Dem Menschen als Ebenbilde Gottes ist die Erreichung der höchsten sittlichen Vollkommenheit und Entwicklung seines menschheitlichen Lebens durch Freiheit zur Bestimmung gesetzt, ihm ist also volle Freiheit gegeben, so weit diese die äußere Rechtsordnung nicht verletzt, seine Persönlichkeit zur höchsten Vollkommenheit zu entwickeln. Wie weit er von dieser Freiheit innerhalb dieser Schranke

Gebrauch machen will, darüber ist er nur einem moralischen Richter verantwortlich, Gesinnung und That ist ihm innerhalb der Schranke der Rechtsordnung freigegeben; ein Zwang, hier in sein Leben gelegt, würde das Grab der Tugend sein. Daraus folgt nun auch auf dem Gebiete des Processes der Grundsatz, daß der Mensch in der Sphäre der That frei sei, daß der Richter in der thatsächlichen Sphäre der Parthei gegen diese keine Zwangsgewalt üben dürfe, und daß der Staat nur in so weit in den bürgerlichen Rechtsstreit bestimmend eingreife, als es der Zweck der Gerichtsordnung, der Zweck des richterlichen Verfahrens erheische. Der Richter kann daher die Aufhellung einer von der Parthei dunkel gelassenen Thatsache fordern, da auf dunkle Thatsachen hin ein mit dem Zwecke des richterlichen Verfahrens übereinstimmendes, auf der Wahrheit des Factums ruhendes, somit wirkliches, wahres Recht offenbarendes Urtheil nicht gefällt werden kann; der Richter kann aber nicht auf Beweismittel inquiriren, welche die Parthei nicht angeführt hat, weil er hier in das Gebiet der Thatsachen übergreifen würde. Es liegt hierin kein Widerspruch. Wenn der Richter auf Beweismittel inquirirt, auf welche sich die Partheien nicht beriefen, so macht er ihre Sache zu seiner eigenen Sache, der Richter wird Richter und Vormund der Parthei zugleich, er schreitet von Amtswegen ein, wo es sich um den Spielraum der Partheien für die eigene Rechtsverfolgang handelt. Wo es sich aber um bloße Aufklärung dunkel gebliebener Thatsachen handelt, führt der Richtrr nicht von Amtswegen neue streitbare Mannschaft wie dort in's Feld, er giebt der Soldateska der Partheien nur die dem Schlachtplan gemäße Stellung, damit er selbst seinen Beruf als Kampfrichter sicherer üben könne; es giebt aber auch nirgends einen Zwang, der die Partheien bestimmen könnte, jene Aufklärung gegen ihren Willen zu geben, während

die Einführung neuer Beweismittel im Untersuchungswege doch jedenfalls ohne Aufforderung und ohne den Willen der Partheien geschieht. Giebt so die Idee der Persönlichkeit das entscheidende Moment zwischen der Freiheit der Parthei und der Befugniß des Richters, so folgen aus ihr auch die andern Normen im Verhältniß derselben. Die Persönlichkeit muß an jeder Parthei gleich geachtet werden, weil jede in gleicher Bestimmung von Gott zur Darstellung der Würde der Menschheit berufen ist. Daraus folgt der Grundsatz von der Gleichheit der Partheien gegenüber dem Richter und dem Gesetze; daraus folgt aber auch die Pflicht der Unpartheilichkeit des Richters, weil, wenn er das Recht einer Parthei begünstigen wollte, er die Persönlichkeit der andern, und mit ihr das Princip der Gleichheit verletzen würde. Beide Maximen sind nun auf der Achtung der menschlichen Persönlichkeit gegründet, aber die Verwirklichung dieser Achtung ist dem Richter nach der einen viel schwerer gemacht: denn die Untersuchungsmaxime bringt den Richter leichter in die Gefahr ihrer Verletzung, weil durch dieselbe der Richter eher der Versuchung unterliegt, seine Untersuchung zu Gunsten einer Parthei dem Grundsatze der Gleichheit zuwider auszudehnen, und er durch sie leicht zum Rathgeber der Parthei werden kann. Daneben ist aber auch nicht zu verkennen, daß dem Richter innerhalb der Aufrechthaltung der partheilichen Freiheit auf dem factischen Gebiete und der durch den Zweck des richterlichen Verfahrens bestimmten Sphäre der volle Spielraum freier Befugnisse verbleiben muß, und so kann man schon jetzt im Allgemeinen die Versöhnung beider Maximen in dem Gedanken finden, daß der Richter auf dem Gebiete der Thatsachen die Verhandlungsmaxime zu achten, da aber, wo es sich um die Verwirklichung des Zweckes der Rechtspflege handle, von Amtswegen (Untersuchungsmaxime) zu verfahren habe.

91. Es besteht eine Zwangspflicht des Staates gegen das Individuum nur im Interesse und zum Zwecke der steten Aufrechthaltung einer äusseren Rechtsordnung, da nur auf dem Bestande dieser der stete Fortbau der Cultur, der Sitte und des ganzen öffentlichen Lebens möglich ist. Der Staat hat im Interesse der Gerechtigkeit die Pflicht, das materielle Recht zu fördern, aber er kann es auf dem Gebiete des Privatrechtes nicht gegen den Willen des Berechtigten, weil das materielle Recht bei dem freiwilligen Verzichte der Partheien, der hier als Ausfluß der Freiheit zu achten ist, keine Verletzung erleidet. Die Rechtssätze entscheiden hier, daß dem Wollenden kein Unrecht geschehen könne, und daß Wohlthaten keinem Menschen gegen seinen Willen aufgedrungen werden dürfen. Der Staat hat daher genug gethan, wenn er in seinen Gesetzen überall die Möglichkeit gewährt, damit materielles Recht erreicht werde, und die Macht des Richters da nicht beschränkt, wo dieser der Macht bedarf, um mit klarer Einwilligung der Partheien die Hindernisse zu räumen, die jenem Ziele entgegenstehen. Nach diesen Motiven stehen nun der Untersuchungsmaxime, wie sie sich in der Geschichte entwickelte, schwere Bedenken entgegen. Diese Maxime nährt in sich die Keime der Versuchung, daß der Richter in das Innere der Thatsache weiter vordringe, als es der Endzweck des richterlichen Verfahrens erheischt, und Geheimnissen der Privaten nachspüre, welche sie an sich mit Recht dem Auge der Oeffentlichkeit entrücken dürfen. Diese Maxime betrachtet die Verletzung des Privatrechts als einen Angriff, den der Staat von Rechtswegen untersuchen und ahnden müsse, sie enthält und führt daher zu offenbarer Confusion des Privat- und öffentlichen Rechtes, sowie zur Kränkung der Freiheit des Privatlebens in einer Sphäre, in welcher ein höherer Standpunkt der Cultur jede Einmischung der

Staatscuratel von sich weist. In Rom hat man durch die Prätur, in England durch Billigkeitsgerichte das hohe Ziel angestrebt, dem formellen Rechte das Schwert aus den Händen zu nehmen. Dort hat man zu diesem Zwecke den Richter auf seine Amtsdauer mit einer Art Gesetzgebungsgewalt bekleidet, hier ihn ermächtiget, von den starren Formen der Procedur bei Ermittlung des streitigen Rechtes Umgang zu nehmen und nach Billigkeit zu sprechen. Bei der Untersuchungsmaxime gab man ihm aber keine Gewalt über das harte Recht selbst, sondern eine über die Person der Partheien, sein Ausspruch wurzelt aber doch in dem positiven Rechte, wenn es auch für den concreten Fall das unbilligste wäre. Wozu also dieser Zauberstab dem Richter, der ihn doch in die engen Fesseln des positiven Rechtes bannt? Was hilft es, einzudringen in die innersten Eingeweide, wenn man doch das wahre Mark des Lebens nicht schöpfen darf?

92. Die Freiheit der Privaten darf auf dem Gebiete des Privatrechts so wenig, als in der Sphäre der Moralität verkümmert werden, Privatrecht und die sittliche Entfaltung haben ihre Gränze, wo die äussere Rechtsordnung beginnt; innerhalb dieses Gebietes muß der Staat ihr freies Walten anerkennen, der Einzelne ist in dieser Sphäre Herr seines Vermögens, das Maß seiner Cultur und der Höhemesser seiner Gesittung. Darum soll im Civilprocesse auf dem Gebiete der Thatsachen die Parthei frei, von jeder Macht des Richters unabhängig sein. Nur wo es sich um die Verwirklichung der Ordnung des Verfahrens und des Gesetzes handelt, da hat die Freiheit des Privaten ihre Schranke: Gesetz und Ordnung sind die Richtschnur, der sich die Freiheit unterordnen muß. Des Richters Thätigkeit darf daher keine Beschränkung erleiden, wenn es sich darum handelt, Aufklärung

von den Partheien über das factische Verhältniß des Rechtsstreites zu erlangen, damit eine Uebereinstimmung des wirklichen Sachverhältnisses mit dem Rechte, eine Unterordnung der Thatsache unter das Gesetz dem Richter vermöglichet werde [14]). Dem Richter ist aber auch ein Verfahren von Amtswegen zuzuerkennen, sowohl um formelle Nichtigkeiten des Verfahrens, als um Gesetzwidrigkeiten seines Urtheils zu verhindern. Diese Macht des Richters ist ein Ausfluß der Anforderungen des materiellen Rechtes, und die Verhandlungsmaxime, welche die richterliche Thätigkeit hier in engere Gränzen schließt, ist nur eine Consequenz des stricten formellen Rechtes, die de lege ferenda keine Billigung verdient.

93. Seitdem aber unser Rechtsleben eine besondere Kunst und Uebung seines Verständnisses, wie seiner Anwendung erheischt, kann die absolute Freiheit der Partheien auf dem factischen Gebiete, wenn sie dieses Verständniß und diese Uebung nicht haben, der Richter aber auch nicht ermächtiget ist, einer rechtsunerfahrnen Parthei die Hand zu bieten, zu vielfachen Verkümmerungen des Rechtes solcher Partheien führen. Dieser Gedanke führt daher zu der wichtigen Frage, ob nicht der Staat die Nachtheile der Rechtsunerfahrenheit einer Parthei im Civilprocesse von Curatel wegen beseitigen solle? Denn das ist ein entschiedener Vorzug der preuß. Gerichtsordnung, daß sie den endlichen Sieg Rechtens nicht in den Zufall der

---

14) Nach §. 90 und §. 91 der Gerichtsordnung für Bremen kann das Gericht in jeder Lage des Processes den Partheien eine Erklärung über einzelne Thatumstände unter sofortiger Androhung rechtlicher Nachtheile auferlegen, und wer eine mangelhafte Antwort nicht aufklärt, wird der vom Gegner angeführten, von ihm nicht speciell entkannten Thatsachen geständig erachtet. —

persönlichen Eigenschaften der Partheien setzt; tadelnswerth ist nur das Mittel zur Verwirklichung dieses Zweckes, wenn sie den Richter selbst durch seine Stellung zur Neutralisirung dieser Gebrechen auctorisiret. Die Vertheidiger der Verhandlungsmaxime haben diesen Vorzug der preuß. Gerichtsordnung in Ansehung der Fürsorge für rechtsunerfahrene Partheien durch vornehmes Stillschweigen zu umgehen gewußt. Aber dem materiellen Rechte muß überall die Bahn gebrochen werden, und bei der Verhandlungsmaxime ist es doch immer eine trübselige Erfahrung, wenn ein rechtsunerfahrener Biedermann einem rechtsklügeren Gegner gegenübersteht, ohne daß Jenem der Richter durch seine Gesetzeskenntniß zu Hülfe kommen soll. Viele beruhigen hier das noch wenig flackernde, erlöschende oder düster brennende Lampenlicht ihres Gewissens mit dem stolzen: „jura vigilantibus.“ Besser aber hieße es: „vigilantia juribus“ wenn der Staat Wache hielt, daß das wahre Recht der Staatsangehörigen nicht aus Gründen leide, welche sie selbst nicht verschulden. Viele aber durchbrechen die enge Schranke des Gesetzes und lassen ihr Herz frei walten über seine draconische Inhumanität, ergänzen sofort von Amtswegen die Rechtsunerfahrenheit der Partheien als Sachwalter derselben. Der Gedanke, daß der Gerechte leiden soll, wirkt hier wie ein Feuer, das oft auch kalte Herzen zur lichthellen Flamme entzündet. Bei Jenen also finden wir einen Niederschlag des Gewissens durch ein kaltes Rechtsaxiom, bei diesen aber einen Ausschlag des Gewissens durch eine feuervolle Idee; dort also eine Inhumanität von ganz legaler Natur, hier eine Humanität voll illegalen Gepräges: von Beiden aber fließen die Thränen der wahren Gerechtigkeit. Wie die Untersuchungs-Maxime an den Richter, so stellt die Verhandlungsmaxime zu hohe Anforderungen an die Partheien. Wie weit schon die Schroffheit der Verhandlungsmaxime, die in dieser Beziehung

ihre verwundbarste Seite offenbart, führte, das beweist der Umstand, daß man die Frage, ob der Richter nicht seine Privatnotizen benützen dürfe, um einen Meineid zu verhindern, verneint hat [15]). Eben so wenig soll nach ihr der Richter, selbst wenn er von der Unwahrheit eines actenmäßigen Factums vollkommen überzeugt wäre, sich von seiner Ueberzeugung bei der Urtheilungsfällung leiten lassen, weil es die Partheien anders nicht vorbrachten, und er ihre Freiheit respektiren muß [16]). Im ersten Falle würde also die Heiligkeit des Eides der Verhandlungsmaxime zum Opfer gebracht, im zweiten aber müßte er, eine Lüge unter das Gesetz subsumirend, urtheilen gegen bessere Wahrheit und Ueberzeugung. Für jenen Fall aber kann die Freiheit der Privaten nicht so weit gehen, um der öffentlichen Rechtsordnung in solcher Weise Hohn zu sprechen, und die Pflicht, ein Verbrechen, den Meineid zu verhüten, muß den Richter berechtigen, den Gang der Civilprocedur so lange zu sistiren, bis durch die strafrechtliche Untersuchung entschieden ist, ob ein Meineid indicirt sei oder nicht. Im andern Falle muß der Richter allerdings die Freiheit der Partheien respektiren, und kann nicht ohne ihr Zuthun verfahren, weil sie hier auf dem thatsächlichen Gebiete stehen, aber dazu muß er ermächtigt sein, entweder, wie Cujac [17]) will, in Einzelnfällen gar nicht zu richten, und seine Privatwissenschaft in der Eigenschaft eines Zeugen dem Richter kund zu geben, oder die Gründe seiner Ueberzeugung den Partheien vorzuenthalten und ihre Erklärung abzufordern, ohne seine Ueberzeugung ihnen aufdringen zu können. Würde

---

[15]) v. Stürzer: Theoret. practische Bemerkungen über das bay. Civilgerichtsverfahren. München 1838. S. 16 ff.

[16]) v. Stürzer: a. a. O.

[17]) Cujac. in observ. lib. XII. c. 19.

die Parthei doch bei einem wahrheitswidrig, gegen bessere Ueberzeugung abgelegten Geständnisse beharren, so bliebe dieses freilich die Grundlage seiner Entscheidung, aber hier schlägt der Grundsatz ein: vollenti nulla fit injuria. Das richterliche Untersuchungsrecht muß daher im Interesse des materiellen Rechtes und der äusseren Rechtsordnung in dem Maße anerkannt werden, als es sich mit der Freiheit der Partheien auf ihrem Gebiete verträgt, und eine Zwangspflicht gegen sie niemals involvirt, weil es sich im Civilprocesse um veräusserliche Privatrechte handelt.

94. Hält man an dem Principe fest, daß die Sphäre für die Freiheit der Partheien das Feld der Thatsachen sein soll, so folgt von selbst, daß der Richter auf dem Boden des bürgerlichen Processes keine Thatsache ergänzen kann, und daß somit die Untersuchungsmaxime, nach welcher der Richter unabhängig und ungebunden von dem Vorbringen der Partheien jedes sich ihm (wenn nur nicht durch seine Wissenschaft als Privatperson) darbietende Mittel verfolgt, um eine die Streitsache durchdringende Ueberzeugung, und damit materiell-gerechte Entscheidung zu erstreben, eben so zu Eingriffen in die Sphäre der Privatfreiheit führt, als sie den Richter in Versuchung bringt, seinen richterlichen Charakter durch partheiliche Handlungen zu entwürdigen. Um dieß zu verhüten, hat man in das System, welches die Verhandlungsmaxime trägt, eine Aequitas eingeführt, und daher den Civilrichter in Fällen, wo das Interesse der öffentlichen Ordnung oder der Sittlichkeit, das Interesse rechtsunkundiger Partheien in Frage steht, auctorisiret, das Sachverhältniß von Amtswegen herzustellen, und von Amtswegen einzuschreiten, aber ohne daß diese amtliche Thätigkeit bis zu einem wirklichen Suggeriren bestimmter

Thatsachen sich erstrecken dürfte [18]). Aber dieses dürfte nicht zu rechtfertigen sein. Der Richter, der Parthei für das öffentliche oder das Interesse curatelbedürftiger Personen nimmt, wird dadurch von selbst zur Parthei; seine Unabhängigkeit und Neutralität, an sich unangreifbar gleich dem Aale, fällt wie Schuppen von seinem Charakter, und schmiedet die Fesseln der Partheirolle um ihn. Die Gerechtigkeit verbietet, ihrem Priester Functionen zu übertragen, in deren Dienst er ihr untreu zu werden, auch nur versucht werden könnte. Der weitere Grundgedanke aber, daß der Richter unter steter Achtung obigen Princips den freien Spielraum seiner Thätigkeit zur Verwirklichung des Zweckes des gerichtlichen Verfahrens und einer gesetzmäßigen Entscheidung der Streitsache entfalten könne, mischt nichts Fremdartiges in das richterliche Gebiet und geht aus einer naturgemäßen Ansicht eines gerechten richterlichen Verfahrens hervor, und ist der natürliche Rechtfertigungsgrund, wenn Doctrin oder positive Gesetzgebung den Richter berechtigen, auf ein liquides Petitorium zu erkennen, wenn gleichwohl beide Theile im Besitzprocesse verhandelten, auch auf die amtliche Zuerkennung von Früchten, Zinsen und Kosten in seinem Urtheile Rücksicht zu nehmen, der Parthei, die irrthümlich zu wenig forderte, das, was ihr von Rechtswegen gebührt, zuzusprechen, einen Concursgläubiger in die gesetzliche Klasse, wenn er sie auch nicht beantragte, zu lociren u. dergl. m. Dieser Grundsatz muß auch die Frage entscheiden, ob der Richter von Amtswegen Einreden ergänzen könne? Sind nämlich an gewisse Thatsachen nicht an sich, sondern nur kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmungen (lex

---

[18]) Seuffert's Commentar über die bayer. Gerichtsordnung I. Erlangen 1836. S. 299 ffg.

Anastasiana, Sct. Macedon., Vellej.) gewisse Folgen geknüpft, so fließt es schon aus dem Geiste des Gesetzes, daß diese Folgen überall verwirklichet werden, wo nicht die Partheien selbst sich durch Verzicht solcher gesetzlichen Wohlthaten begeben. Der Zufall soll nicht die Absicht des Gesetzes vereiteln, das richterliche Fragerecht hat daher hier die Legalität des Urtheils zu vermöglichen, ohne daß hierdurch der Freiheit irgend Eintrag geschieht. Es versteht sich von selbst, daß der Grundsatz des wechselseitigen Gehörs auch hier wie überall seine Geltung haben muß [19]).

Viertes Kapitel.

Die Nothwendigkeit einer Ergänzung in der Verhandlungsmaxime.

95. Innerhalb obiger Schranke muß daher der Richter das Recht, von den Partheien in jedem Stadium des Processes Aufklärung zu fordern, in voller Freiheit entfalten können, damit das factische Verhältniß, welches das eine Element der richterlichen Aburtheilung bildet, zur wirklichen objectiven Wahrheit sich gestalte. **Damit aber das Urtheil zur rechtlichen Wahrheit werde, muß die Parthei auch das Recht kennen, und es zur Anwendung bringen können; oder es müssen Organe im Staate be-**

---

[19]) Nach der bayer. Gerichtsordnung Kap. VI. §. 9 kann der Richter Einreden von Amtswegen ergänzen, wenn sich solche mit allen Erfordernissen aus den Akten mit vollständiger Klarheit so ergeben, daß man dabei eines weitern Beweises nicht mehr bedarf. Mit Recht rügt aber v. Stürzer a. a. O. S. 536 an dieser Bestimmung, daß Kläger dadurch um seine Repliken komme. Ueber die verschiedene Lösung dieser Frage vgl. noch v. Gönner: Handbuch II. Ziff. 26 und W. Puchta: über die Gränzen des Richteramts, §. 29.

stehen, welche die mangelnde Rechtskenntniß, die beschränkte Fähigkeit der Parthei, ihr Recht zu verfolgen, oder zu vertheidigen, ergänzen, und die Parthei nach dieser Seite vertreten. Dieses Postulat fließt aus dem Principe der Gleichheit der Partheien vor dem Richteramte. Dieses Princip haben wir theoretisch anerkannt, aber practisch seine stete Erfüllung und sein Lebendigwerden vielfach zurückgehalten. Aber nur diese lebendige Durchführung kann die Mängel heben, die aus der Strenge der Verhandlungsmaxime fließen, und die traurigen Vorkommnisse in der Praxis beseitigen, die nothwendig entstehen, wenn eine rechtsunerfahrene Parthei dem gewandteren Gegner gegenüber steht, und das Gesetz den Willen des Richters in Fesseln legt, um Jenen mit seiner Rechtskunde zu unterstützen, der ohne sonstige Vertretung nothwendig in ungleichem Kampfe unterliegen wird, wodurch die Ungerechtigkeit nur triumphiren, und der wahre Held als Märtyrer den Feuertod des formellen Rechtes sterben muß. Hier bleibt nur die Alternative: entweder man muß jenes Princip und das aus ihr gefolgerte Postulat anerkennen, oder man muß zu der Annahme kommen, daß der Richter Rathgeber der rechtsunerfahrenen Parthei werden dürfe, wie dieses wirklich schon legislativ adoptirt ist. Wie aber im Strafprocesse die Inquisitionsmaxime sich nicht rechtfertigt, insoferne sie dem Richter eine Partheirolle überweist, so muß auch der Civilproceß sich davon ferne halten, den Richter zum Anwalte, zum Vertreter einer Parthei machen zu wollen. Es wäre hierdurch das andere Princip, das der richterlichen Unpartheilichkeit, bedroht, Schiffbruch zu leiden. Wie der Staat sorgen soll, daß dieser Grundsatz nicht gefährdet werde, so muß er auch für die Aufrechthaltung der wahren Gleichheit der Partheien im Processe Sorge tragen, so daß, wo diese Gleichheit weniger verwirklichet erscheint, dieses mehr der

Parthei selbst zur Last fällt, als auf das Gewissen des Staates zurückwirkt. Denn für ihn, den Staat, bleibt es Pflicht, so weit möglich materielles Recht zu verwirklichen, das Dasein der wahren Gerechtigkeit zu erhalten. Jene wahre Gleichheit der Partheien wird aber vorerst möglich gemacht durch die Verbreitung der Kenntniß der Gesetze im Volke. Dazu dienen zunächst die Abfassung der Gesetzbücher in Landessprache und die Verbindung des Unterrichts über die im Leben nothwendigen Rechtswahrheiten mit der öffentlichen Erziehung. Ein populärer Unterricht hierüber thut dem Leben so Noth, als die Kenntniß der Geographie und Geschichte, und andere Realkenntnisse: denn die Kenntnisse des Rechtes bedingen vielfach den Wohlstand und Frieden des öffentlichen Lebens, der Privaten und Familien. — Diesem Zwecke dient auch die Oeffentlichkeit und Mündlichkeit der Rechtspflege, welche die practische Pflanzschule für die Verbreitung der Gesetze sind, weil der todte Buchstabe des Gesetzes sich hier in lebenden Bildern verkörpert, und der sinnenfälligen Ueberzeugung, der klaren Anschauung der Seele näher rückt. Nicht minder dient, um die Ungleichheit der Privaten in der Fähigkeit für ihre Rechtsvertheidigung und Rechtsverfolgung zu beseitigen, die Einrichtung der Advokatur in einer Weise, wie sie die Größe der Bevölkerung, der locale Verkehr, die Güterverhältnisse und der Charakter des Volkes erfordern, so wie überhaupt eine, jeglichen Mißbrauch ferne haltende freie Vertretung in bürgerlichen Rechtsangelegenheiten, für welche schon die alten Völker in den Blüthezeiten ihres öffentlichen Lebens sich erklärten. Da aber, wo allgemeine Maaßregeln die Verwirklichung des Zweckes nicht vollkommen vermöglichen, da muß zur Ergänzung die Staatscuratel wachsam sein, denn der Vermögens- und der Geistesarme haben ein gleiches Recht auf des Staates Schutz und Frieden, wie der

Geistbegabte, und wer der Fülle der Güter des Lebens genießt. —

96. Geistesarme, Minderjährige, Taube und Stumme, Abwesende, Gemeinden, Verschwender, Frauenzimmer, Wahnsinnige, außereheliche Kinder, fromme Stiftungen u. A. erhalten daher aus Gründen der Staatscuratel schon längst bei gebildeten Völkern besondere Vertreter für ihre Vermögensverwaltung und Rechtsangelegenheiten; diese werden verpflichtet und müssen dem Staate Rechenschaft ablegen über die gewissenhafte Führung ihres Amtes. Ihre mangelnde Rechtsfähigkeit wird aus curatorischen Gründen durch selbstständige Staatsbürger ergänzt und der Staat übt die Controlle über sie auf dem Standpuncte der Obercuratel. Vermögensarme endlich erhalten für ihre Rechtsstreite Anwälte ex officio. — Die größte Schwierigkeit bieten hier aber jene Glieder im bürgerlichen Vereine, die man zu diesen curatelbedürftigen Personen nicht zählen kann, welchen aber doch die nothwendigen Eigenschaften zur selbsteigenen Rechtsvertretung fehlen, besonders wenn sie nur mit Opfern sich eines rechtsgelehrten Beistandes bedienen können, aber doch nicht so vermögenslos sind, damit ihnen ein Anwalt ex officio beigegeben werden kann. Zu diesen gehören bei der heutigen Abgeschlossenheit jeglichen Lebensberufes und der doctrinellen Ausbildung unseres Rechtssystems so Viele, und nicht blos rechtsunerfahrene Landbewohner, Soldaten oder die s. g. mitleidswürdigen Personen (Wittwen, Waisen). Damit diese Letzteren rechtskundigen oder gewandteren Partheien gegenüber in ihren Rechten nicht gekränkt würden, haben sich Praxis und Doctrin bei ihnen für eine ausgedehntere Macht und Befugniß des Richters entschieden [20]). Zu ihrem Vortheile, oder zur Beseitigung der

[20]) Vgl. v. Gönner's Handbuch Bd. II. Ziff. 29. S. 200—250, und

Ungleichheit in ihrem Verhältnisse zu ihren Gegnern soll diese Personen der Richter selbst auf dem Gebiete der Thatsachen beschränken, und gleichsam die Rolle eines Vormundes für sie im Processe übernehmen. Der Zweck dieser Bestimmung liegt nach Puchta in der Billigkeit, ja in dem Wesen der Rechtspflege selbst: „denn ohne diese Ausnahme würde das summum jus summa injuria, in dem die scheinbar höchste Achtung „der menschlichen Freiheit zugleich ein wahres Attentat gegen „sie begünstigte, indem sie die Menschen wenigstens eines „großen Theils der Wohlthaten des bürgerlichen Vereines „beraubte." Auch juristisch ist nach Puchta diese Machterweiterung des Richters zu rechtfertigen, „insofern als hier das suppletorische Amt des Richters ersetzt, was sonst dem genüglichen rechtlichen Gehöre fehlen würde, was doch das wesentliche Erforderniß des Processes ausmacht." Daß nun diese Personen, als unfähig, ihre Rechte selbst mit entsprechendem Erfolge zu verwalten, eines eigenthümlichen Schutzes bedürfen, der ihnen, besonders wenn sie keine Rechtsanwälte für ihre Vertretung haben, aus Rücksicht auf den Grundsatz der Gleichheit der Partheien im Civilproceß zu Theil werden soll, ist in keiner Weise zu bestreiten. Aber indem man ein Princip rettet, soll man das andere nicht über Bord werfen. Wenn man den Richter zum Vormunde einer Parthei macht, so wird er ihrem Gegner gegenüber gleichfalls zur Parthei, und das Einschmuggeln der Partheirolle in das Richteramt ist das Grab richterlicher Unabhängigkeit und Unpartheilichkeit. Der preußische Proceß, der im Allgemeinen diese Befugniß dem Richter ertheilte, hat hierdurch

---

Dr. Wolfgang H. Puchta über die Gränzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen, Nürnberg 1819 §. 4. §. 19, und Seuffert: Com. zur bayer. Gerichtsord. am a. O. —

zwar die Kälte der Verhandlungsmaxime überwunden, und den endlichen Sieg Rechtens nicht in die Zufälligkeiten menschlicher Individualität gestellt; die Verhandlungsmaxime aber hat durch diese Zugabe richterlicher Machtvollkommenheit ihrer Consequenz den Todesstreich versetzt. —

97. In praktischer Durchführung muß diese Ansicht aber auch zu der größten Ungerechtigkeit führen und gerade das Princip gefährden, zu dessen Aufrechthaltung sie dienen soll. Diese Folge wird unvermeidlich sein, wenn dem Gegner einer rechtsunerfahrenen Parthei zwar nicht die natürliche Fähigkeit, vor Gericht seine Sache zu vertreten, fehlt, er aber doch nicht jene Rechtsgewandtheit wie der Richter besitzt, der jene vertreten soll; der Richter, der, wenn auch nur in diesem Ausnahmsfalle eine solche rechtsunerfahrene Parthei bevormundet, geräth sicherlich in die Klippe, an der seine Unpartheilichkeit scheitert, sein Gemüth wird durch seine Rolle für den Unerfahrenen unbewußt gefangen genommen, und das Rathgeberamt zerstört so nothwendig immer die unantastbare Unpartheiligkeit des Richteramts. Es läßt sich daher weder die preuß. Gerichts-Ordnung noch die Verhandlungs-Maxime hier rechtfertigen, weil jene allgemein, diese in dem angeführten Ausnahmsfalle die richterliche Gewalt ungebührlich ausdehnen, und dadurch die Würde und das Ansehen, wie die Festigkeit des über Parthei-Interessen erhabenen Richteramtes auf's Spiel setzen. Weit folgerechter sind jene Gesetzgebungen, welche von dem Grundsatze ausgehen, daß jede Parthei ihr Recht selbst vor Gericht verfolgen oder vertheidigen darf, daß jedoch das Gericht ermächtiget ist, Partheien, die es zu einer entsprechenderen Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung nicht befähigt oder geeignet findet, aufzugeben, sich eines Sachführers zu bedienen. [21]) Aber dieser Grundsatz kann im Ein-

---

[21]) Vgl. §. 82 der Ger. Ord. von Bremen. —

zelnen zur Unbilligkeit führen, wenn nämlich die Annahme eines Sachführers für die Parthei mit Nachtheilen für das Familienleben, und überhaupt mit schweren persönlichen Opfern verbunden wäre. Ein nahe liegendes Mittel, um auch dieses zu beseitigen, wäre die Ausdehnung des Armenrechts, wenn die Beigebung eines Anwaltes ex officio nicht auf absolut unvermögliche Personen beschränkt würde. Zweckmäßiger aber erscheint es, wenn der Staatsanwalt nicht nur der gesetzliche Vertreter armer, sondern überhaupt rechtsunerfahrener, curatelbedürftiger Partheien wäre, die ohne wirkliche Opfer keinen Anwalt für sich wählen könnten, wobei für unvermögliche Partheien die Deserviten und Taxen ganz, für andere wieder bemittelte Personen aber nur je nach ihren Vermögens-Verhältnissen ermäßigt werden könnten. Ein solcher Anwalt, kraft des Gesetzes thätig, würde auch die Rechtsangelegenheiten seiner schutzbedürftigen Clienten mit entschiedenerem Muthe vertreten, als die Anwälte ex officio, die eine Moralpflicht als juristische Zwangspflicht erfüllen sollen, für welche sie nicht immer moralische Begeisterung im Herzen tragen, daher auch alsdann keine andere juristische Triebkraft aus ihren Mühen leuchtet, als die etwa noch das Schaamgefühl vor den Gerichten erzeugt. Wenn somit nach dem Vorausgehenden die Verwirklichung des Zweckes des richterlichen Verfahrens, nämlich die Fällung eines auf dem wahren Sachverhalte ruhenden gesetzmäßigen Urtheils das Ziel ist, wornach Richter und Partheien zu streben haben, so muß unbedenklich der Verhandlungsmaxime auf dem Standpunkte der Cultur der Vorzug gegeben werden, nur setzt ihr gedeihliches Entfalten entweder die selbstständige Fähigkeit der Parthei, durch Wort und Wissenschaft des Gesetzes sich selbst zu vertreten, oder Verweisung bemittelter Partheien an Anwälte, oder eine staatscuratorische Vertretung an Geist

oder Gütern un- oder wenig vermöglicher Partheien voraus. So wirkt dann die Staatscuratel in der Staatsanwaltschaft bei allen Staatsgliedern fort, die der Staatsvormundschaft bedürfen, und eine solche Curatel ist hier so nothwendig und vernünftig, als die Aufstellung eines Vertheidigers ex officio für Verbrecher im Strafprocesse, wenn sie wegen Mangels an Vermögen nicht sich selbst einen Vertheidiger beigeben können; eine gleiche ratio legis gebietet sie, damit das Princip der Gleichheit der Privaten wie der Unpartheilichkeit des Richters erhalten werden, und im Civil- wie im Strafproceß der Richter nur Richter bleibe, sofort jeder Partheivolle fremd das heilige Amt der Themis in voller priesterlicher Unabhängigkeit, Würde und Freiheit verwalte. — —

Fünftes Kapitel.

Die Freiheit der Partheien, und die Macht des Richteramts.

98. Wir halten bei solcher Organisation somit an die Verhandlungsmaxime, ermächtigen aber den Richter zur selbstständigen formellen Leitung der Procedur im Interesse der Ordnung des Verfahrens, zu einem freien Fragerecht über dunkel gebliebene Thatumstände, und mit Zuthun der Partheien zur Nachforschung nach Thatsachen, wenn sie zu einer dem Gesetze gemäßen Entscheidung absolut nothwendig erscheinen. Es besteht hiernach eine Unabhängigkeit der Partheien auf dem factischen Gebiete, dagegen eine Unabhängigkeit des Richteramts zur Verwirklichung einer gesetzmäßigen Entscheidung und zur Aufrechthaltung einer gesetzlichen Ordnung. Jener Grundgedanke stellt es lediglich in die Macht der Parthei, ob sie überhaupt klagen oder sich vertheidigen will, welche Klage sie wählen, welcher Vertheidigungsmittel

sie sich bedienen will, in welcher Proceßart sie aufzutreten gedenkt oder nicht; ebenso liegt es in der Macht der Parthei, ob und wie, durch welche Beweismittel sie den endlichen Sieg Rechtens für sich erringen will. Dem Richter steht in allen diesen Beziehungen keine einwirkende Bestimmung auf die Partheien zu, er kann daher insbesondere keine Zeugen verhören, oder Urkunden zu den Akten nehmen, auf welche sich die Partheien nicht ausdrücklich beriefen. Der Standpunkt des Richters ist hier schwieriger als der des Arztes oder Theologen: Jener soll den physisch dieser den moralisch Kranken wieder auf den Weg des Heiles leiten, beide aber schlagen die Heilmittel vor, und überlassen der mitwirkenden physischen und moralischen Natur den Sieg des Gelingens, sie können das mit ruhig schlagendem Gewissen, wenn sie mit hinopfernder Pflichttreue ihre Schuldigkeit gethan. Der Richter aber hat die Pflege zweier Kranken, an welchen er weder den physischen noch moralischen Arzt machen darf, er muß Neutralität einhalten auf dem Kampfgebiete, und soll doch die Schlachtordnung beider Partheien feststellen; er soll mit der vollen Unpartheilichkeit des Gemüthes und dem Feuereifer des Berufes Alles thun, und doch darf er die Heilmittel des Sieges nicht verrathen, soll aber doch für Jeden den Sieg des Gerechten vermitteln. —

99. Die Unabhängigkeit des Richteramts offenbart ihre erste Wirksamkeit in der Befugniß, Alles von Amtswegen zu beseitigen, was eine Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben könnte. Hier ist nun des Richters erstes Augenmerk seine Competenz. Das Princip der Ordnung bringt es mit sich, daß nicht e i n Richter je nach Partheien-Willkühr für die Entscheidung jeder Rechtssache ermächtigt sein kann; man hat daher die Befugniß eines Richters, Rechtsstreitigkeiten

der Privaten zu entscheiden, räumlich abgegränzt, so daß jede Jurisdiction selbst nur eine territoriale ist. Innerhalb dieses Territoriums ist dann der Richter für jede Streitsache competent; nach dem Grundsatze der Gleichheit vor dem Gesetze haben Alle vor ihm Recht zu nehmen. Nur die Rücksicht auf die Natur einer Streitsache, welche besondere technische Kenntnisse erfordert, die man nicht von jedem Richter fordern kann, hat hier in allen Ländern Ausnahmen eingeführt, daher Admiralitäts-, Wechsel-, Handels-, Bergwerksgerichte bestehen. Da aber auch bei solchen Gegenständen die absolut wesentlichen Grundsätze und Formen des gerichtlichen Verfahrens, deren Kenntniß zunächst dem Richter obliegt, eingehalten werden müssen, und die etwa mangelnde Technik des Richters durch beigezogene Sachverständige ergänzt werden kann, so gebietet auch hier der höhere Gedanke der Einheit der Rechtspflege, daß nur ein vom Staate geprüfter und beeidigter Richter sie mit den Sachverständigen entscheide, damit ein Gesetz, eine Ordnung des gerichtlichen Verfahrens auch für Alle gelte, die in einem Staatsverbande leben.

100. Durch die Einheit der Gesetzgebung und die Zurückführung der Competenz des Richteramts auf territoriale Gränzen wird vielen Competenz-Conflikten und der Unsicherheit des Rechtes, damit aber auch vielen ausbrechenden Rechtsstreitigkeiten in der Geburt vorgebeugt, sowie die Pflicht des Richters erleichtert, der Wächter seiner eigenen Competenz zu sein. Zur Verwirklichung dieses Zieles ist aber auch die Scheidung der Administration von der Justiz unerläßlich. Die Gränzbestimmung beider Gewalten gehört zu den schwierigsten Aufgaben der Legislation, und oft hat man hierin der Staatsverwaltung den ungerechten Vorwurf der Bedrückung und Willkühr gemacht, wo beide nicht zu finden waren, wie man

nicht minder auch wohl erworbene Privatrechte der s. g. salus publica zum Opfer zu bringen sich verpflichtet hielt. [22])

101. Wenn die Partheien freiwillig sich einem andern als dem competenten Richter unterwerfen, und Jener sich dem Richteramte unterzieht (forum prorogatum) so läßt sich dagegen nichts erinnern, nur kann die Willkühr der Partheien nicht so weit gehen, daß sie Gesetz und Gang des Verfahrens dem Richter vorschreibt (Conventionalproceß), da hierin das Richteramt über den Partheien steht; der Richter erscheint in jenem Falle als der Mann des Vertrauens der Partheien, und dieses ist auch die Zierde des vom Gesetze aufgestellten Richters. In allen Fällen aber hat der Richter seine Competenz von Amtswegen zu prüfen, und ein von einem incompetenten Richter erlassenes Urtheil und geleitetes Verfahren ist absolut nichtig. Denn die Competenz ist die durch das Gesetz selbst mit dem Rechte bekleidete Persönlichkeit des Richters, einen Rechtsstreit nach der Proceßordnung abzuurtheilen. Die Handlung eines incompetenten Richters erscheint somit als Verletzung dieses Gesetzes und als Uebergriff in die persönliche Berechtigung des competenten Richters, die incompe-

---

[22]) Die Erörterung dieses Gegenstandes gehört in das Gebiet über die Trennung der Gewalten der Jurisdiction; hier sei nur erwähnt, daß in der Lösung dieses Problems deutsche Staaten dem civilisirten Frankreich weit vorangehen (v. Feuerbach: Betrachtungen II. S. 3—17), und daß hier das Princip Montesquieu's obenan steht, daß das wahre öffentliche Wohl nur in der Achtung der bürgerlichen Gesetze und in dem Schutze des bürgerlichen Eigenthums seine Begründung finde (Montesquieu: de l'esprit de lois, liv. 26. ch. 15. „ainsi lorsque le public a beosin du fonds d'un particulier, il ne faut jamais agir par la rigueur de la loi politique; mais c'est la, que doit triompher la loi civile, qui, avec des yeux de mère regarde chaque particulier comme toute la cité même.

tente Handlung ist somit objectiv wie subjectiv widerrechtlich, macht darum das Verfahren gesetzwidrig, d. i. nichtig und hebt auch alle Folgen desselben gegenüber den Partheien auf. Aus demselben Grunde hat der Richter von Amtswegen die Legitimation der Partheien im Auge behalten. Die Legitimation ist die Wahrheit der Berechtigung einer Parthei gegenüber der Verpflichtung einer andern, ihr Streitverhältniß durch den Richter nach dem Gesetze aburtheilen zu lassen. Ein Urtheil, das nicht auf dieser Wahrheit ruht, enthält einen Uebergriff in die persönliche Berechtigung des wirklich Berechtigten, und bedroht oder zerstört dessen Recht, z. B. des wirklichen Erben, wenn einem Andern die Erbschaft adjudicirt wurde. Nun steht nur den Partheien ein Verzicht auf ihre Privatrechte, nicht aber auch dem Richter überhaupt eine Verfügungsgewalt über die Rechte der Partheien zu; das Richteramt schafft weder Rechte, noch hebt es solche auf, es spricht nur aus, was Rechtens ist, und was als Recht schon war, wenn die Partheien freiwillig ihr Recht gegenseitig anerkannt hätten. Der Richter aber, der einer Parthei ein Recht zuerkennt, das ihr persönlich nicht zukömmt, schafft willkührlich ein Recht, und spricht nicht aus, was schon ursprünglich ohne seine Dazwischenkunft Rechtens war, er erzeugt ein Phantom, somit eine Nichtigkeit; sein Urtheil entfloß einem wesentlichen Irrthume in Ansehung der Person der Partheien, es ruht auf thatsächlicher Unwahrheit, die nie und nimmer ein wahres Recht erzeugen kann; die Persönlichkeit, die im Processe auftrat, ist dem wahrhaft Berechtigten gegenüber eine Täuschung, und mehr als eine solche kann auch das richterliche Urtheil nicht sein, das auf wesenlosen Voraussetzungen beruht. Darum kann denn auch ein Urtheil zu Gunsten eines unrechten Klägers, oder gegen einen unrechten Beklagten gefällt, nie zur Wahrheit werden, oder in Rechtskraft übergehen.

102. Mit der Obsorge für Competenz und Legitimation in Ansehung der Partheien schließt sich die amtliche Thätigkeit des Richteramtes nicht, es hat auch Dritten vom Streite Nachricht zu geben, wenn diese dabei rechtlich betheiligt und es sich um Aufrechthaltung ihrer Rechte handelt. Diese amtliche Pflicht des Richters findet ihre rechtliche Begründung in dem Grundsatze des wechselseitigen Gehörs, ihre politische Rechtfertigung aber in der Rücksicht der Verhütung von Rechtsstreitigkeiten. Sind auch dritte Theilhaber eines Rechtes, sind sie Subjecte desselben, so müssen sie gehört werden (adictatio); die Außerachtlassung dieses Grundsatzes könnte aber auch zur Nichtigkeit eines ohne sie geführten Verfahrers dienen. Alle Privatrechtspflege ist ihrem Wesen nach individuell, d. h. subjectiver Natur, die generelle Seite fällt in das Gebiet der Gesetzgebung. Auch das rechtskräftig = gewordene Urtheil ist nur ein Gesetz unter den streitenden Theilen, für Dritte aber, die am Streite keinen Antheil hatten, wirkungslos. Waren sie aber doch Theilhaber des Rechtes, so kann das Urtheil für sie nicht die Kraft eines Gesetzes erlangen. Ein solches Urtheil ist daher für sie wirkungslos. Um somit die hieraus fließenden gesetzwidrigen, die Streitfälle nur mehrenden Erscheinungen zu verhüten, hat der Richter Dritten in solchem Falle zur Wahrung ihrer Rechte Kenntniß zu geben. Der Richter ist nicht Schöpfer eines Rechtes, sondern nur Wiederhersteller des Rechtes gegen denjenigen, welcher die Anerkennung eines solchen dem wahrhaft Berechtigten verweigerte, er hat eine Rechtsordnung zu verwirklichen, wie die Gerechtigkeit sie gebietet, d. h. objectiv, wie er sie immer verwirklichen würde, wenn er das Rechtsverhältniß in seiner Wahrheit durchschauen könnte. Wo er daher diese Wahrheit ergreifen kann, darf er nicht Einem oder Einigen allein ein Recht zuerkennen, an dem noch Andere wahres, rechtliches

Interesse haben, sein Urtheil würde sonst eine Verletzung des materiellen Rechtes sein.

103. All' diese officielle Richteramtsthätigkeit ist dem Interesse des materiellen Rechtes dienstbar, und geboten durch die absolute Ordnung des Rechtes. Aber auch die äussere Ordnung des Verfahrens erheischt eine besondere Wachsamkeit des Richters. Der organische Charakter des Rechtes prägt sich auch in der Civilrechtspflege aus, und es hat daher auch der Proceß nicht blos ein rein geistiges Element in seinen Maximen, die ihn von Innen heraus in Bewegung bringen, sondern auch seinen organischen Bau, seine Gliederung in dem Organismus der Behörden, in der Structur seiner äusseren Ordnung. Die Rechtsverfolgung und die Rechtsvertheidigung ist in ihm daher vorerst an gewisse Zeitbestimmungen gebunden. Bei den Griechen mußten die öffentlichen Verhandlungen vor dem Gerichtshofe an einem Tage beendigt werden, wenn nicht zufällige Ereignisse sie unterbrachen. Bei den Römern durfte jeder Proceß höchstens drei Jahre währen. Auch die Verhandlungsmaxime hat den bürgerlichen Proceß in gewisse Lebensperioden eingetheilt, so daß seine Geschichte ein wahres Drama bildet. Die erste Periode bezielt die Feststellung dessen, was unter den Partheien factisch streitig ist, oder nicht. Das Resultat dieser Verhandlung ist das Beweiserkenntniß, welches der Parthei aufgiebt, die bestrittene Thatsache erst zu bewahrheiten: denn das Urtheil setzt die Wahrheit der Thatsache voraus. Das Beweisverfahren verfolgt die Verwirklichung dieses Ziels, und wird die Grundlage des Urtheils, das, wenn es an sich oder nach Zurücklegung der Berufungs-Instanzen zur Stabilität gelangte, mit der Execution auf Anrufen des Siegers endet.

104. Selbst mitten durch die einzelnen Abschnitte des Processes schreitet die Gränze der Zeit, und giebt Ziel und Maaß für die Bewegung der Partheien. Durch die erste Periode, in dem Beweisverfahren, in dem Zeitraume für die Einführung der Appellation sind die einzelnen Handlungen der Partheien an bestimmte Termine gebunden, oder durch Fristen geregelt. Versäumnisse haben hier Ausschluß oder Verlust der treffenden Handlung zur Folge, daher der Ausschluß mit einem Schriftsatze, die Präclusion des Beweises, die Desertion des Rechtsmittels der Berufung. Diese Nachtheile sind nur im Wege der Restitution wieder abwendbar, wenn der Einhaltung der Frist unverschuldete Hindernisse entgegengestanden u. dgl. m. So ist hier Alles im strengen Geiste gesetzlicher Ordnung geregelt, das Verfahren schreitet in gemessener Zeitbewegung fort, und das Rückgehen eines Zeigers könnte das ganze Räderwerk zerstören. Damit aber selbst die Ordnung nicht zum Terrorismus werde, noch die Freiheit zur Bildsäule erstarre, können Fristbitten das Zeitmaaß verlängern, und dem schwereren Kampfe eine längere Vorbereitung zur Rüstung gewähren. Ausserdem liegt eine einmal durchlaufene Periode des Processes wie ein zurückgelegter Lebens-Abschnitt vor uns; die verlorene Jugend bringt kein Gott zurück, so wenig als hier ein vergessenes Beweis- oder Rechtsschutzmittel nach Abfluß der Zeit seiner Geltendmachung wieder berücksichtiget wird.

105. Ein anderer Geist herrscht auch auf diesem Gebiete nach der Untersuchungsmaxime des preußischen Processes. Parthei und Richter verfolgen hier ein Ziel, nämlich einen Richterspruch zu vermöglichen, der ein wahrhafter Rechtsspruch sei und auf wirklichem materiellen Rechte ruhe. Darum ergreift der Richter freudig jeden Thatumstand, der des Streit-

verhältnisses Wahrheit und Wesen aufhellet, ohne daß dieses sein sorgsames Streben so strenge gebunden wäre an die Gränzen der flüchtigen Zeit. Thatsachen also, welche wesentlich der Rechtsverfolgung oder Rechtsvertheidigung dienen, muß der instruirende Richter berücksichtigen, ohne sich daran zu kehren, ob sie vor, bei, oder erst nach Regulirung des Status causae et controversiae, bei der Aufnahme der Beweismittel oder erst am Schlußtermine vorgebracht werden. Selbst erst in der Deduction vorgebrachte Umstände, wenn sie relevanter Natur sind, kann der Richter noch vor der Urtheilsschöpfung instruiren, nur dürfen sie nicht das bisherige Klagfundament ändern, ja selbst die Abänderung der Klagbitte ist zulässig, wenn im Laufe der Proceß-Instruction sich ein anderer Rechtsanspruch entfaltete. Trotz all' Dem ist das Vorbringen neuer Thatsachen auch noch bei dem Appellationstribunale zulässig, die Partheien haben hier die Wohlthat, nondum probata probandi, nondum deducta deducendi, und „können „so bei dem höheren Richter wieder geltend machen, was „ihnen ein unwissender, oberflächlicher, oder eigensinniger Un-„terrichter verkümmert hat, während sie nach dem Verhand-„lungsprincipe nicht einmal mit blutendem Finger der Rose „unter den Dornen habhaft werden können.“ [23])

106. Solch eine staatsväterliche Fürsorge für das Recht der Partheien verdient bei der Rechtsunmündigkeit derselben und wegen der in ihr ausgeprägten würdigen Idee der steten Hebung und Verwirklichung des materiellen Rechtes volle Anerkennung. Aber es fragt sich nur, ob dieses Verfahren

---

[23]) Preuß. G. O. I. Thl. X. Tit. § 1. ffg., und Puchta's-Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis, Erlangen 1822. a. a. O.

dem Geiste der Ordnung gemäß sei, ob es nicht, statt materielles Recht zu fördern, das Verfahren verzögere und böswilligem Partheigetriebe dazu die Hände reiche? Vorerst ist jedenfalls die Bestimmung verwerflich, nach welcher neue Thatsachen vor die Berufungs-Instanz kommen dürfen. Diese ist ihrer Stellung nach nur Richter über den Unterrichter, über sein den Gesetzen gemäßes Urtheil, über sein der Ordnung gemäßes Verfahren. Kann sie aber über neue Thatsachen, die somit in den bisherigen Verhandlungen ausser Acht blieben, urtheilen, so sinkt sie selbst zum Untergerichte herab, und verliert die Würde ihres höheren Berufes. Auch der Gedanke, der Richter habe, ohne sich an einen Zeitpunkt zu kehren, selbst noch im Schlußtermine erst vorgebrachte, relevante Umstände zu berücksichtigen, ist im Interesse der Ordnung nicht zu billigen. Dagegen muß im Interesse des wahren Rechtes aber auch zuläßig sein, daß das Rechtsmittel der Restitution gegen jede, nicht schuldhafte, nach der Natur des Falles bemeßbare Versäumniß in der Verhandlungsmaxime Platz greife, und der Restitutionseid nöthigenfalls, wo nicht offenbare Frivolität im Spiele steht, diese Voraussetzung bewahrheiten dürfe. Erhält die Rechtswohlthat der Restitution eine naturgemäße billige Ausdehnung, treten im Civilprocesse nur rechtskundige Partheien auf, oder ist für rechtsunerfahrene Private durch das Gesetz oder die Staatscuratel gesorgt, sind die Termine nicht zu enge, können Fristen, wo nothwendig, bewilliget oder verlängert werden, so muß man der strengeren Ordnung der Verhandlungsmaxime das Wort reden: denn so weit kann die Sorge für das materielle Recht nicht gehen, daß die Processe unsterblich werden, Rechtsunsicherheit entsteht, und einem böswilligen Treiben das Gesetz selbst die Hände bieten soll. Wir finden auch in der sittlichen Weltordnung ein Bild, wornach der Freiheit ihre Gränze gesteckt ist. Kann wohl der Mensch, der das Be-

wußtsein des Guten und Bösen in seinem Busen trägt, mit der Vorsehung am Lebens=Ende hadern, daß sie ihm nicht noch längere Zeit ließ, sein sittliches Leben zu ordnen? Eben so wenig ist die Rechtsverfolgung der Parthei ungerecht verkümmert, wenn ihr ein gewisses Zeitmaaß der Bewegung zugewiesen ist. Da, wo sie selbst rechtserfahren, oder durch ein rechtskundiges Organ vertreten wird, war ihr ja die volle Möglichkeit der Vertheidigung gegeben, und wenn sie nach dem Feuer, statt nach dem Wasser griff, so ist es ihre Schuld, im Feuertode zu sterben. Die Sicherheit des Rechtes, die Beschleunigung des Verfahrens sind eben so nothwendige Grundlagen der Rechtspflege, als die Gründlichkeit des Urtheils.

107. Wohl ist die Gründlichkeit ein höheres Gut als die Eile des Verfahrens: denn nur die Gründlichkeit trägt die Bürgschaft des Gerechten gewisser in sich; aber dieses würdigere Ziel ist auch ohne die Maaßlosigkeit erreichbar, die ohne geregelte Ordnung das Verfahren protrahirt. Eine nach der Aequitas bemeßbare Zulässigkeit einer Restitution gegen schuldlose Versäumniß oder Außerachtlassung von rechtlichen Schutz= oder Beweismitteln, gewissenhafte Wahrung der Fristen zur Vornahme einer proceßualischen Handlung, und die blos ausnahmsweise Bewilligung ihrer Prolongirung nach dem Modus des in der Natur der Sache oder sonst nachgewiesenen Bedürfnisses werden Alles leisten, was die heilige Rücksicht auf das materielle Recht, aber auch die ernste Pflicht der Einhaltung eines geregelten Verfahrens und die Zweckmäßigkeit seiner Förderung vernünftiger Weise verlangen. Das Meiste muß hier dem amtlichen Ermessen des Richters überlassen bleiben, weil das Gesetz im Voraus die Schwierigkeit des einzelnen Falles nicht bemessen kann, daher durch

engherzige Schranken nicht selten zur Ungerechtigkeit führen würde. Jedenfalls ist es unpolitisch, die Bewilligung von Fristen von der Zustimmung der Gegenparthei abhängig zu machen, da man vom Feinde, der unser Recht schon an sich bestreitet, keine Gerechtigkeit, noch weniger eine Aequitas erhalten wird; und soll bei Verweigerung der Zustimmung der Gegenparthei doch der Richter entscheiden, so liegt in der Mittheilung an diese zur Bewilligung doch nur eine zwecklose Formalität. Der Grundsatz soll durchschlagen, daß nur die Schuld büßen müsse, daß somit aus einer Nichtschuld, aus einer Unvermögenheit für Niemanden rechtliche Nachtheile erwachsen können. An diesem Principe hat daher die amtliche Fürsorge des Richters für die Aufrechthaltung der Ordnung im Verfahren eine sichere Gränze, innerhalb welcher sie, unbeschadet dieser Ordnung und der Neutralität gegen beide Partheien nach einer Billigkeit, die objectiv die Natur des Verhältnisses allein im Auge hat, ihre Wirksamkeit entfalten kann. Anders ist es, wenn bei Ergreifung von Rechtsmitteln das Gesetz absolute Fristen (Fatalien) gebeut, da rechtliche Ausführungen in der Gewalt der Partheien liegen, nicht aber factische Momente, z. B. bei der Beweisführung. Dort kann darum der Richter auch von Amtswegen die Folgen eines versäumten Fatale (Desertion) erkennen. —

108. Die amtliche Fürsorge des Richteramtes entfaltet hiernächst auch ihre Wirksamkeit zur Verwirklichung einer gesetzmäßigen Entscheidung. Darum stellt der Richter von Amtswegen Fragen an Partheien und Zeugen [24]), oder ordnet

---

[24]) C. 37. X. d. testib. Grolmann's Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 133.

die nochmalige Vernehmung der Zeugen an: Beides zur Aufklärung dunkel gebliebener Thatsachen, weil nur die Wahrheit und Gewißheit der factischen Momente auch für das Urtheil das wahre Recht zu erringen möglich macht; darum nimmt der Richter von Amtswegen Augenschein ein, und zieht Sachverständige bei [25]): denn beide sind nur Hebel für die richterliche Reflexion und Subsumtion der Thatsache unter das Gesetz, sie sind nur Ergänzungen des richterlichen Erkennens, die er nicht in sich selbst trägt; Zeugen und Urkunden liefern das Material für das richterliche Erkenntniß, Augenschein und Sachverständige aber sind die Technik und der Bauplan, der die symetrische Zusammenfügung des Materials dem Richter erst möglich macht; jene sind nur die Handlanger und Gesellen, diese sein concretes Gesetz. Das Gesetz aber muß der Richter sich selbst geben, ohne hiezu der Partheien zu bedürfen. Darum liegen beide in dem Bereiche seines amtlichen Wirkens. Aus gleichem Grunde verwirft der Richter Anträge der Partheien, die auf keinem gesetzlichen Grunde ruhen. Ist die gesetzliche Begründung mangelhaft, sind die Anträge überhaupt dunkel, so werden sie zur Ergänzung zurückgegeben; die Praxis straft aber solche Mängel mit Unrecht durch Abweisung in angebrachter Art; dadurch wird die Rechtspflege schon a priori unnöthig vertheuert. Man soll aber diese nicht als eitel Spiel betrachten, das man wegen solcher Gebrechen, die auf kurzem Wege heilbar sind, wiederholen möge, auch soll die Strafe nicht weiter gehen, als die Verschuldung reicht. Die kostspielige Vermehrung und die Theurung der Processe ist eine schmerzliche Dornenkrone der Gerechtigkeitspflege, die ohnehin nach der Erfahrung des Lebens wie der schwere Kreuzgang

---

[25]) Martin: §. 124.

zur Schädelstätte erscheint, wo nicht selten der Gerechte neben dem unbußfertigen Schächter verblutet. —

Sechstes Kapitel.

Die Perioden des Civilprocesses und die Eventualmaxime; Momente für die sittliche Charakteristik der Verhandlungs-Maxime.

109. Nach dem Bisherigen zerfällt der bürgerliche Proceß wie ein Lebens-Drama in gewisse Abschnitte seiner Entwicklung. Die erste Periode seines Lebensganges legt er in der Instruktion des Processes zurück; diese ist, wie die Kindheit, der Bildungskeim des künftigen Lebens; entfaltet sich hier Talent und geistige Lebenskraft, so ist schon die sichere Grundlage kommender Entwicklung gelegt. Mit der zweiten Periode — dem Stadium der Beweisführung — tritt der Mensch an den ernsten Scheideweg des Lebens, von dem Gelingen des Beweises hängt das Glück seines Lebensprocesses ab. In der ersten Periode arbeitet er nur in der eigenen Werkstätte seines geistigen Lebens; hier in der zweiten bedarf er schon der äusseren Mächte, um sein äusseres Ziel zu erreichen, er tritt schon in den Bund mit den verborgenen Lebensmächten der Welt, deren Walten er noch nicht kennt, auf die er vertraut, und die oft der dunkeln Nemesis unterliegen, die über dem Leben steht. Der Mensch soll sich hier erproben für das Leben, für einen bestimmten Beruf, aber diese Probe bedarf auch des Glückes, das oft seiner Talente und aller seiner Opfer spottet. So muß er oft der Macht ausser ihm unterliegen, nicht die Krone der Tugend, nicht des Geistes Blüthe bannt von ihm des Glückes Untergang; der Richter (das Leben) verurtheilt ihn, und weist ihn mit allen Ansprüchen ab. Aber über dem Leben steht ein höherer Richter, unabhängig und frei von all den Banden,

die des Unterrichters Auge blendeten. Und so naht der Proceß dem dritten Stadium seiner Entwicklung: das ganze Lebens-Drama wiederholt sich in ernster feierlicher Prüfung, die Leidenschaft des Lebens wird abgelegt, und das ewig gleiche Richtmaß der Gerechtigkeit schwebt über dem Schicksale der Partheien. Wer jetzt erst von diesen unterliegt, dem naht die morosa senectus der Execution, das Drama wird zur Tragödie: denn wer auch im späteren Lebensalter sich nicht bewährt, und dem providentiellen Walten widerstrebt, für den wird in Wahrheit der Tod seiner Sünde Sold. —

110. So liegt also auch im Processe ein ernstes Lebensbild, und auch seiner Ordnung liegt eine tiefe Bedeutung zu Grunde. Die Verhandlungsmaxime, die auf solcher Ordnung ruht, hat daher auch das Leben für sich. Wie man im männlichen Alter in der Regel die versäumte Geistesarbeit der Jugend nicht mehr nachholen kann, so hält auch die Verhandlungsmaxime an der strengen Ordnung in den einzelnen Abschnitten ihrer Entwicklung fest, und verwirft daher die Zulässigkeit von Einreden in der Beweisperiode oder die Nachschleifung von Beweisführungen in der Appellations-Instanz u. dgl., sie weist vielmehr das Rechtsvertheidigungs-, wie das Beweismittel in seine abgeschlossene Sphäre zurück, folgerecht fordert sie auch, daß, wenn eine Parthei mehre Vertheidigungsmittel gegen eine Klage oder mehre Beweismittel, z. B. Urkunden, Zeugen, zugleich besitzt, sie solche zugleich in dem begränzten Einzel-Abschnitte des Processes anwenden muß, da in gleicher Weise nur hierdurch der Verewigung der Processe vorzubeugen ist. Diese Consequenz der Verhandlungsmaxime hat sich in dem Eventualprincip ausgeprägt, das somit nur ein Zweig auf dem Stammbaume jener Maxime ist.

111. Schon im römischen Processe war die Vornahme der einzelnen Proceßhandlungen an eine bestimmte Zeit gebunden, wodurch das willkürliche Handeln der Partheien um so mehr in den Schranken der Ordnung blieb, als nach der Bestimmung des Kaisers Justinian nach dem Abflusse eines Trienniums der ganze Proceß beendigt sein mußte. Durch diese Bestimmungen (über Contumacia und Proceßverjährung) mußte das Schreckbild der flüchtigen Zeit selbst die Chikane entmuthigen, den Proceß in endlose Weite zu ziehen: denn der Zeigfinger der Zeit grub ihr sonst das frühe Grab. Aber auch die rechtliebende Parthei mußte sich spuden, dem Gotte Kronos nicht in die Arme zu fallen, um nicht von ihm verschlungen zu werden. So trieb denn Themis mit beflügelter Eile ihre Kinder zum Ziele. Die Partheien suchten wie möglich alle Akte des Processes, welche die Verhandlungsmaxime durch sichtbare Gränzmarken und Ruhesteine zeichnet, verbunden vorzunehmen. Dadurch aber litt die Gründlichkeit auf Kosten der Beschleunigung. Der wichtigste Rechtsfall, wie der unbedeutendste erlag dem rasch zermalmenden Zahne der Zeit, und die Gerechtigkeitspflege war zum Schnellläufer verdammt, wenn sie auch noch so dickleibig vor das Forum trat. Die deutsche Reichsgesetzgebung, wie bekannt, gründlicher Gerechtigkeit hold, hob daher die Proceßverjährung auf, bestimmte aber für jede einzelne Proceßhandlung einen gewissen Termin, in welchem sie vollendet, aber auch alle Rechts- und Vertheidigungsmittel auf derselben Stufe des Processes, z. B. alle Einreden oder Beweismittel mit ihr verbunden sein mußten, widrigens die Handlung später nicht mehr vorgenommen werden konnte. Wer daher mehre Einreden, mehre Beweismittel hat, soll solche nicht successive, sondern simultan in seiner Vertheidigung oder im Beweisantritte cumuliren, und der Richter soll im Urtheile über sie alle erkennen, natürlich in

eventueller Reihenfolge, wenn eines dieser Mittel nicht zum Ziele führte, indem ein successives Vorbringen oder Erkennen zu planloser Verzögerung führen könnte [26]). Die Nothwendigkeit der gleichzeitigen Verbindung concurrirender Rechtsschutzmittel und des Erkennens über solche greift sodann durch alle Stadien des Processes. Dadurch wird nun offenbar dem Unsterblichwerden der Processe vorgebeugt, und das ganze Streitverhältniß, das ganze Waffensystem der kämpfenden Partheien tritt mit einem Blicke vor die Seele des Richters.

112. Diese Eventualmaxime konnte sich aber natürlich erst nach dem Untergange des mündlichen und bei der überwiegenden Vorherrschaft des schriftlichen Verfahrens gestalten: denn nur mittelst der Schrift konnte der Kläger seine Angriffs-, der Beklagte seine Vertheidigungsmittel innerhalb des ihm vorgesteckten, seiner ruhig besonnenen Ueberlegung und seinem Fleiße vollen Spielraum gebenden Termines concentriren; weniger macht das mündliche Verfahren die Verwirklichung dieser Maxime möglich, weil eine Parthei auf unvermuthete Angriffe ihres Gegners nicht sofort gefaßt sein kann, leicht der Verwirrung und der Uebereilung anheimfällt, selbst aber auch die Richter eine Reihe solcher partheilichen Schutzmittel nicht immer, zumal in verwickelteren Processen in dem Gedächtnisse festzuhalten vermögen. Die französische Procedur kennt daher kein Eventualprincip. Die Verhandlung in der Hauptsache bleibt ausgesetzt, bis über die Einreden entschieden ist, eine Einrichtung, die natürlich der Beschleunigung nicht sonderlich frommt [27]). Es ist aber auch mit diesem Verfahren die Ver-

---

[26]) Dr. J. A. Albrecht: Die Ausbildung des Eventualprincips, Marburg 1837.

[27]) Mittermaier a. a. O. I. §. 13.

bindung des Eventualprincips möglich. Würde nämlich (wie später mehr auszuführen ist) die Instruction eines schriftlichen Vorverfahrens, summarische Fälle ausgenommen, einem Gerichtsmitgliede besonders übertragen, dieses Vorverfahren nur auf die Niederlage der factischen Streitmomente beschränkt, so wäre hier die Anwendung der Eventualmaxime wohl denkbar; die öffentliche Verhandlung wäre sodann die Wiederholung der Momente des schriftlichen Verfahrens, und enthielt zugleich die rechtliche Ausführung. Der erkennende Richter hat an der Instruktion des schriftlichen Vorverfahrens, oder der in gleicher Weise beschäftigten Instruktion der partheilichen Beweise eine solide Grundlage, die Parthei kann durch die Wissenschaft der thatsächlichen Schutzmittel ihres Gegners sich in die volle Rüstung ihrer Vertheidigung setzen, und selbst ihre mangelhafte Rechtskenntniß in einzelnen Fällen während der öffentlichen Verhandlungen präjudizirt ihrem Rechte nicht, da die Beurtheilung der rechtlichen Seite des Falles dem Richter zusteht [28]).

113. Aber das Eventualprincip hat in seiner gesteigerten Entwicklung auch einen krankhaften Lebenskeim in sich ausgebildet. Es führt zwar das ganze Heer zum Kampfe, aber sein Kriegsplan ist nicht selten gegen Logik und sittliche Wahrheit. Hierdurch wird es zu einer Schmachschrift auf den gesunden Menschenverstand, und zur Karricatur öffentlicher Gesittung. Es ist zulässig, den historischen Klagegrund (z. B.

---

[28]) Hierher gehört der Art. 85 des code de proced civ. warnach das Gericht der Parthei das Recht, für sich selbst zu sprechen, untersagen kann, wenn es sieht, daß Leidenschaft und Unerfahrenheit sie hindert, ihre Sache gehörig, d. h. avec la décence convenable ou la clarté nécessaire, vorzutragen.

ein Darlehen) gänzlich abzuläugnen, und doch zugleich eine, die Wahrheit dieses Klagegrundes wieder voraussetzende, die Klage aber auf den Grund einer andern Thatsache wieder aufhebende Einrede vorzuschützen, z. B. daß man das Darlehen, das man eben empfangen zu haben abgeläugnet, bezahlt habe. Das ist nun ein offenbar fauler Fleck in der Gesetzgebung, den ein gesunder moralischer Organismus von sich weisen muß. Bei den Römern war es ein Gedanke tiefen Inhaltes, daß die Gesetze nicht gegen die guten Sitten sein; wir im christlichen Staate sollten doch nicht hierin unter dem Heidenthume stehen. Der Proceß wird sonst eine Schule der Unmoralität, ein Tummelplatz für die Leidenschaft gewissenloser Menschen. —

114. Das sittliche Princip muß vor Allem eine Gesetzgebung durchdringen, deren Erfolg am Ende nur auf der Sittlichkeit ruht: denn hier provocirt sie durch den Eid auf die Gewissenhaftigkeit der Zeugen, dort auf die Gottesfurcht der schwörenden Parthei. Die meisten Processe beruhen in ihrem gerechten Ausgange auf der gewissenhaften Ehrfurcht vor der Heiligkeit des Eides. Und eine solche Gesetzgebung sollte Unwahrheit und Unsitte in sich dulden, da doch Wahrheit und Moralität die Säulen sind, die ihr ganzes Bauwerk tragen? Sie ziehen mit allen Fähnlein in den Kampf, richtet aber das schwere Geschütz gegen das eigene Fußvolk, das überall an der Fronte die Hauptrolle spielen soll? Laufgräben sind eröffnet, den Feind zu fangen, aber das Kriegsheer gräbt in ihnen sich selbst das Grab! Die Vermählung des Gesetzes mit solchen Monstrositäten erzeugt dann die unglückliche Proceßwuth und ihre Vasallen, deren Lebensodem der Aktenstaub, und deren Lebensende der Bettelstab ist [29]).

---

[29]) Nur wenn Dritte, z. B. der Erbe mit einer Klage verfolgt werden,

115. Die Untersuchungsmaxime kennt eine solche Vereinigung der Klageabläugnung mit einer zerstörlichen Einrede, welche gerade die Wahrheit des Klagegrundes voraussetzt, nicht, und so kann auch in dieser Hinsicht die Verhandlungsmaxime bei ihr in die Schule gehen. Da, wo der wahre Zweck des gerichtlichen Verfahrens verfolgt wird, die materielle Wahrheit in dem bestrittenen Rechtsverhältnisse, wo der Richter selbst in die innersten Eingeweide des Rechtsfalles zu dringen sucht, ist jene Cumulirung unmöglich, weil sie mit der Würde und Bestimmung des Richteramtes unverträglich ist. Der Richter kann nicht zugleich Träger der Unwahrheit und Verwirklicher des materiellen Rechtes sein. Dieses Ziel — das materielle Recht — soll auch nach der Verhandlungsmaxime der Richter verfolgen, so weit es mit der Freiheit der Partheien vereinbar ist. Dieses Ziel schließt aber von selbst die logische Unmöglichkeit, wie die Lüge aus. Die Partheien selbst können nicht mehr als eine auf Wahrheit ruhende Vertheidigung in Anspruch nehmen; Arglist, Schlauheit und Verschmitztheit, Abläugnen der Wahrheit wider besseres Wissen sollten auf dem Gebiete des Rechtes unerhörte Dinge sein. Die positive Gesetzgebung ordnet die Belehrung über die Wichtigkeit des Eides und die Folgen des Meineides, die Vergleichsversuche vor einer Eidesleistung an, sie sucht den Stock mit gutem Erdreich zu umgeben, nicht aber die wilden

---

erscheint die Cumulation der negativen Litiscontestation mit einer zerstörlichen Einrede vereinbar; der Erbe weiß nichts von der Schuld seines Erblassers, kann daher auch die Forderung des Klägers nicht zugeben, glaubt aber nach dem Charakter des Erblassers auch auf eine rechtzeitige Erfüllung seiner Verbindlichkeit schließen zu dürfen, und macht diese Vermuthung vorsorglich **ex-cipiendo** geltend. Der Erbe macht somit hier nur von einer justificirlichen Nothwehr Gebrauch. —

Früchte zu beschneiden, die aus ihm keimen wollen; sie vertraut, daß die Parthei redlicher sei, als das Gesetz, das aber doch die Richtschnur der Partheien ist, und so fällt in das Herz des Gesetzes selbst die ganze Schwere der Gewissenlosigkeit, die immer mehr und mehr an den Vesten der socialen Gesittung frißt. Die moralische Noth der Zeit hat uns wieder der ehrwürdigen Sitte näher gerückt, daß vor der Eidesleistung sich der Schwörende über religiöse Vorbereitung zu legitimiren habe. Das heil. Kreuzbild steht vor dem Schwörenden, und des Strafgesetzes schwere Drohung. Man sucht den Gottesgeist der Religiosität wieder einzuführen, der aber im kalten Todeshauche des streng-formellen Rechtes nicht recht heimisch werden will. Man will die Achtung vor der Heiligkeit des Eides, und beseitiget nicht die Möglichkeit des Meineides. Freilich kann das Gesetz die Moralität des Schwörenden nicht erzeugen, die Gewissenssphäre liegt jenseits des Gesetzes, aber verhindern soll es den Meineid wie möglich. Man erkennt auf den Reinigungseid, wenn weniger als halber Beweis vorliegt, z. B. blos ein verdächtiger Zeuge das Beweisthema eidlich bekräftiget; wenn aber die alsdann den Reinigungseid ablegende Parthei doch das Gegentheil von dem beschwört, was der verdächtige Zeuge eidlich aussagte, so muß doch wohl auch hier Einer der Schwörenden falsch geschworen haben [30]). Aehnliches in andern Fällen, wo eine Collision zwischen verschiedenen Beweismitteln der Partheien eintritt [31]).

---

[30]) In einem Falle beschwor die Tochter des Klägers, daß dieser dem B. 150 fl. als Darlehen gegeben habe, was dieser abgeläugnet hatte. Da jene Zeugin als Tochter des Klägers exceptionsmäßig war, so hatte B. noch den Reinigungseid zu leisten, daß er das Darlehen nicht empfangen habe. Wo lag der Meineid?

[31]) Ueber die hier möglichen Fälle vgl. die gründlich-klare Darstellung in Bayer's Vorträgen S. 454—461.

116. Auch hier ist eine Abhilfe möglich, zu welcher der Proceß des gemeinen Rechtes selbst die Bahn bereitet. In einem Falle nämlich (wenn gerade halber Beweis geliefert wurde) hängt es von dem Ermessen des Richters ab, auf welchen Eid er erkennen will, sein Ermessen aber hat entweder die bessere Sachkenntniß, oder die größere Glaubwürdigkeit einer Parthei zur Richtschnur der Entscheidung, ja es bleibt seinem Ermessen selbst vorbehalten, einen Glaubenseid dem Wahrheitseide vorzuziehen. [32]) Auf gleiche Weise müßte auch, wo es sich um Verhütung eines Meineides im Civilprocesse handelt, dem Richter ein größeres Ermessen eingeräumt werden. Sind exceptionsmäßige Zeugen nicht gut beleumundet, ist ihr Interesse, ihre Betheiligung an der Sache zu dringend, oder einen solchen Verdacht erregend, daß sie dem Richter nicht die volle Ueberzeugung ihrer unbedingten Glaubwürdigkeit abnöthigen, so ist es besser, sie unbeeidigt, oder gar nicht zu vernehmen, damit der sonst mögliche Meineid auf Seite der Zeugen verhütet werde. Treten solche Besorgnisse nicht ein, so muß den Aussagen der Zeugen ein größeres Gewicht zu Theil werden. Die Gründe, worauf der Richter seine Entscheidung hiernach baut, müssen natürlich actenmäßig constatiret sein, und gegen jede etwaige irrthümliche oder willkührliche Ansicht des Richters die Berufung Platz greifen können, damit das richterliche Ermessen an dem Gesetze, wie an der Prüfung eines höheren Richters eine angemessene Schranke finde. Der Richter muß alsdann aber auch die Momente der Glaubwürdigkeit der Zeugen von Amtswegen untersuchen, prüfen und bescheiden können: eine Befugniß, die selbst in Ansehung untauglicher Zeugen nach der starren Consequenz

---

32) Linde: Lehrb. 4. Aufl. §. 319. Bayer's Vorträge, 4. Aufl. S. 406.

der Verhandlungsmaxime ihm nicht bewilliget wird.[33]) Und bekäme hierdurch der Richterspruch nicht die gewissere Bürgschaft eines materiellen Rechtsspruches, und eine tiefere sittlichere Unterlage? Auch hier handelt es sich um Verwirklichung der Rechtmäßigkeit des richterlichen Urtheils: warum soll ängstliches Mißtrauen das im Dienste des materiellen Rechtes thätige Wirken des Richters lähmen?

117. Und warum soll hier dem Schweigen der Parthei gegenüber auch der Richter zur stummen Maschine werden? Gesetzt nur der Richter wisse, daß ein Zeuge wegen Bestechung, Meineides, Betrugs oder einer andern infamirenden That in Untersuchung war, wegen Verschwendung unter Curatel kam u. dgl. m., die Parthei aber macht deßhalb keine Einrede gegen die Person des Zeugen, weil sie solche nicht kannte: verträgt es sich deßhalb mit dem materiellen Rechte, einen solchen Zeugen sofort als glaubwürdig anzuerkennen? Eine Parthei, die gegen einen schwer verdächtigen Zeugen keine Erinnerung geltend macht, thut es wohl aus keinem andern Grunde, als weil sie solche Verdachtsgründe nicht kennt: denn nur ein Thor würde, wo er dazu berechtiget ist, das Schwert seines Gegners nicht stumpf machen, das ihn selbst verwunden könnte; und jede rechtmäßige Vertheidigung ist nicht blos erlaubt, sondern vielmehr Pflicht. Auf der andern Seite kann eine, Redlichkeit liebende Parthei keinen Sieg Rechtens verlangen, dessen Rechtstitel nur gemeine Kriegslist wäre. Auf jeden Fall hat aber auch der Staat eine gerechte Entscheidung streitiger Rechtssachen, so weit möglich zu ver-

---

33) Bayer: a. a. O. S. 353. 354 u. Reinhardt Handbuch I. §. 172 not. 2. S. 341. Anders die bayer. Ger. Ord. cap. X. §. 12. Vgl. v. Stürzer: Bem. S. 632.

wirklichen. Eine solche Entscheidung aber bliebe dem Ohngefähr anheimgestellt, wenn von der zufälligen Kenntniß der Parthei in Ansehung der persönlichen Glaubwürdigkeit der Zeugen die richteramtliche Thätigkeit allein abhängig bliebe. Es muß daher im Interesse des materiellen Rechtes in der Befugniß des Richters liegen, Gründe, welche die Glaubwürdigkeit eines Zeugen schwächen oder zerstören, von Amtswegen zu untersuchen, und nachdem er solche Momente erhoben und den Partheien zur Erklärung und Vertheidigung mitgetheilt, sie auch bei der Urtheilsfällung gebührend zu würdigen. Jedenfalls gehört es zu den extremen Consequenzen der Verhandlungsmaxime, wenn der Richter nicht Momente, aus welchen die Untauglichkeit eines Zeugen in zweifelhaften Fällen folgt, von Amtswegen erheben oder berücksichtigen soll. [34]) Selbst absolute Partheilichkeit eines Zeugen wird alsdann eine unwiderstehliche Macht für den Richter, welcher er folgen muß, auch wenn sie, nur ein falsches Blendwerk, sein Urtheil zu einem Feenschloße macht, das auf morschen Gründen ruht, dessen magischer Zauber vor dem Sonnenlichte der Wahrheit erbleichen müßte.

Siebentes Kapitel.

Der Ungehorsam der Partheien und seine Folgen.

118. Die bisherige Entwicklung führt von selbst zur Begründung der Lehre von dem Ungehorsame einer Parthei, wenn sie z. B. an einem Termine nicht erschien, innerhalb desselben die Führung eines Beweises, die Ableistung eines

---

[34]) Vgl. bayer. Ger. Ord. c. X. §. 12 und von Stürzer: Bemerk. S. 632.

Eides nicht vornimmt, und sich so in der That dem Richter, wie dem Gesetze gegenüber ungehorsam bewährt. Man kann hier die Ansicht geltend machen, daß eine solche Parthei die dem Richter schuldige Ehrfurcht verletze, das obrigkeitliche Ansehen verachte, und ihre Handlung somit eine öffentlich strafwürdige sei. So begriffen die ältesten Gesetzgebungen das Wesen des Ungehorsams im Civilprocesse. Wenn nach dem Gesetzbuche der Gentoos [35]) Kläger oder Beklagter, das Dasein eines natürlichen Hindernisses ausgenommen, zur gesetzlichen Zeit aus böslicher Absicht ihre Antwort nicht einbringen, so kann die Obrigkeit sie festnehmen lassen, und sie werden ihrer Sache verlustig, und gegen den ungehorsamen Beklagten soll immerhin gesprochen werden. Andere meinen, man müsse in solchen Fällen annehmen, der Ungehorsame habe die Handlung nicht vornehmen wollen, habe daher auf sie verzichtet, da jede Parthei im Civilproceß auf ihr Recht verzichten und über ihr Eigenthum beliebig disponiren könne. Die Folge ist, daß der Ungehorsame zu der versäumten Handlung nicht mehr belassen werden kann, daher er mit solcher auszuschließen und ihrer für verlustig zu erklären sei (Präclusion und Desertion). [36]) Beide Annahmen sind, in ihrer Ausschließlichkeit betrachtet, einseitiger Natur. An sich erscheint der Ungehorsam widerrechtlich: denn eine Parthei hat nur die Alternative, entweder ihren Gegner klaglos zu stellen, oder sich der Ordnung des gerichtlichen Verfahrens zu unterwerfen; will sie Beides nicht, so kränkt sie entweder das Privatrecht ihres Gegners, oder sie verhöhnt das Gesetz, das auf der Bahn rechtlicher Ordnung das Streitverhältniß zu schlichten sucht. Um aber die Folgen dieser Rechtswidrigkeit zu bemes-

---

[35]) a. a. O. Absch. 4 und 5.

[36]) v. Gönner: Handbuch I. Ziff. 18. S. 406—436.

sen, muß man die Elemente in's Auge fassen, die sich auf diesem Gebiete bekämpfen. Hier liegen aber drei Elemente im Streite, welche die Gesetzgebung in ein harmonisches Gleichgewicht zu bringen hat.

119. Vor Allem steht fest, daß in Bezug auf das Handeln, d. h. in der thatsächlichen Sphäre die Parthei für sich das Princip der Freiheit in Anspruch nimmt, sie kann ihr Recht verfolgen oder vertheidigen, oder auch nicht. Von diesem Gesichtspunkte aus liegt in dem ungehorsamen Nichthandeln einer Parthei kein öffentlicher Hohn des Gesetzes, keine öffentliche Kränkung des Ansehens des Richteramts, sondern nur ein Aufgeben des eigenen Privatrechtes, die Annahme, daß sie solches nicht im gerichtlichen Verfahren verfolgen wolle. Steht der Mensch auf dem Gebiete der öffentlichen Sitte oder Ordnung, so muß er sich ihrem Gesetze unterwerfen, widrigens ihn die öffentliche Strafe trifft, weil er die öffentliche Ordnung verletzte. Ungehorsam aber im Civilprocesse verletzt er nirgends die sociale Ordnung, oder das Ansehen und den Frieden des öffentlichen Lebens. Hält man diesen principiellen Gesichtspunkt der individuellen Freiheit fest, so kann der Ungehorsam im Civilprocesse nie als Verletzung des öffentlichen Ansehens des Richteramts betrachtet, darum auch nicht mit öffentlicher Strafe geahndet werden. Aber der Zweck des gerichtlichen Verfahrens ist doch die endliche, auf der Grundlage des Rechtes ruhende Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses. Der Ungehorsame handelt unstreitig gegen den Zweck der gerichtlichen Ordnung: denn würde man ihm Folge geben, so gäbe es gar keine Entscheidung, und des Ungehorsams natürliche Folgen wären Ungewißheit des Rechtes und der Processe endlose Dauer. Und so tritt hier das zweite Element in den Vordergrund: das der Ord-

nung, welches die individuelle Freiheit im Interesse des Zweckes der Gerechtigkeitspflege leitet, und beschränkt, wornach die Strafe des Ungehorsams, wenn auch keine öffentliche, doch eine privatrechtliche sein muß, damit das Endziel der gerichtlichen Ordnung durch Parthei-Willkühr nicht vereitelt, sondern unaufhaltsam seiner Verwirklichung entgegengeführt werde. Wenn nun auch dieser privatrechtliche Nachtheil den Ungehorsamen nur in der eigenen Lebenssphäre verfolgt, die Schwelle seines Privatrechtes nicht überschreitet, so greift der Ungehorsam doch auch zuletzt in das Privatrecht des Gegners ein, weil er weder diesen sofort klaglos stellen, noch den gesetzmäßigen Gang der gerichtlichen Ordnung mit diesem verfolgen will. Und dieser Gedanke erzeugt das dritte Element, das hier in Betracht zu kommen hat.

120. Die Gesetzgebungen der alten und neuen Welt zeigen ein Schwanken dieser Elemente, und einen Gegensatz auch in Ansehung der privatrechtlichen Folgen des Ungehorsams. Blieb bei den Griechen der Kläger aus, so wurde die Klage vernichtet, und er, wenn diese eine öffentliche war, in eine Geldbuße von tausend Drachmen genommen, und verlor für die Zukunft das Recht, Klagen solcher Art wieder zu erheben. Die Parthei, die an einem Gerichtstage nicht erscheinen konnte, mußte die Hinderungsursache durch Bevollmächtigte angeben, und solches mußte eidlich erhärtet werden. Wurde diese Entschuldigung nicht als begründet gefunden, so wurde gegen den Beklagten ein Urtheil in contumaciam gefällt. Konnte der sachfällige Theil beweisen, daß die Ungehorsamsstrafe ihn unverschuldet traf, so konnte er dagegen ein Rechtsmittel ergreifen. Der ungehorsam ausbleibende Beklagte wurde somit verurtheilt, der ungehorsame Kläger dadurch bestraft, daß wegen seines Ausbleibens der Beklagte losgesprochen

wurde [37]). Bei den Westgothen wurde der ungehorsame Beklagte in eine Geldstrafe genommen, oder erhielt, wenn er vermögenslos war, Schläge, immer aber wurde dem Kläger die in Anspruch genommene Sache zuerkannt. Nach der altgermanischen Gerichtsverfassung (von der Völkerwanderung bis zu Karl dem Großen) mußte eine dreimalige Ladung vorangehen, und der Kläger jedesmal vom Morgen bis zum Sonnenuntergang auf den Beklagten warten, ehe eine Ungehorsamsfolge eintreten konnte, die alsdann darin bestand, daß gegen den ungehorsamen Beklagten die Execution verhängt, und entweder von den Partheien selbst auf den Grund einer ihnen vom Gerichte ausgefertigten Urkunde nach den Ortsgesetzen vollzogen, oder dieser Vollzug einem Localbeamten übertragen wurde. Der ungehorsam ausbleibende Kläger wurde unter gleicher Voraussetzung in eine Geldstrafe genommen, und der Beklagte von der Klage freigesprochen. In späterer Zeit aber, nach der Trennung Deutschlands von Frankreich wurde der ungehorsam ausgebliebene Beklagte für geständig und überwunden erklärt, bei dinglichen Klagen der Kläger in den Besitz der Immobilien immittirt, bei persönlichen Forderungen aber der Schuldner an der beweglichen Habe gepfändet [38]). Diese Einweisung in die Güter des ungehorsamen Beklagten kannte schon das römische Recht, und ihm beistimmend auch die canonische Gesetzgebung [39]).

121. Schon nach römischem Rechte konnte der Kläger

---

[37]) Meier und Schömann: der attische Proceß, Halle 1824. IV. Buch. 9. u. 14. Kap.

[38]) Maurer: altgermanisches Gerichtsverfahren, Heidelberg 1824. §§. 39. 48. 147.

[39]) C. 8. Cod. (7. 48.) c. 5. X. (2. 6.)

ungeachtet der Abwesenheit des Beklagten seine Beweise beibringen, und auch die deutsche Reichsgesetzgebung ließ den Kläger zum Beweise seiner Klage und schloß ihn vermöge der Eventualmaxime von allen Einreden gegen die Klage aus, weil er sie nicht in der ihm zur Klagebeantwortung vorgesetzten Frist geltend machte [40]). Diese Verschiedenheit in der Aufstellung der Nachtheile des Ungehorsams hat auch in den späteren Gesetzgebungen fortgewirkt; hier wird in Folge des Ungehorsams des Beklagten die Klage für zugestanden (Oesterreich, Bremen, Würtemberg), dort für abgeläugnet (Bayern) angenommen; in Frankreich hat der Ungehorsam die Folge, daß zu Gunsten des Klägers erkannt wird, wenn er seine Conclusions rechtfertigen und bewahrheiten kann; in Preußen wird die Klage bald für zugestanden, bald für abgeläugnet angenommen, je nachdem die eine oder die andere Folge dem Ungehorsam am nachtheiligsten ist. Wie in der Gesetzgebung ist auch die Doctrin noch nicht zu einer abgeschlossenen Ueberzeugung gelangt [41]), und so besteht immerhin noch die Aufgabe, auch auf diesem Gebiete Wissenschaft und Leben zu versöhnen. —

122. Der englische Proceß kennt solche Schwierigkeiten nicht: bei den Gerichtshöfen of common pleas und der Kingsbench ergeht durch den Sheriff an den Beklagten, der eine Abschrift der Klagformel (writ) erhält, ein Ladungsbefehl, um vor Gericht zu erscheinen. Erscheint der Beklagte nicht, so hat der Kläger, wenn sein Anspruch 20 Lst. oder mehr beträgt, oder wenn der Beklagte der Flucht verdächtig ist, das Recht, die Verhaftung des Beklagten zu verlangen, die er

---

[40]) J. R. A. §. 37. C.=G.=O. v. 1555. III. 43. §. 4.

[41]) Mittermaier: der gem. t. Proceß II. S. 106 ff. u. Arch. IX. S. 139. v. Stürzer: Arch. VIII. S. 395. Puchta ebendaselbst X. S. 416. und Reibnitz: Ideal einer Gerichts=Ordnung I. S. 209 ffg.

durch Stellung von Bürgen allein abzuwenden vermag. Bei den Gerichtshöfen der ersten Art bewilligte man in Klagen über persönliche Rechte allgemeine Verhaftsbefehle, wenn nach der Versicherung des Klägers die geforderte Summe jene Höhe betrug [42]). — Die Beschlagnahme der Güter des Beklagten, oder dessen Verhaftung, wo er keine Güter besitzt, sind freilich Mittel, um den gordischen Knoten mit einem Schwerdtstreiche zu lösen, aber sie sind eben so inhuman, als sie die Privatfreiheit auf einem Gebiete verletzen, wo sie unantastbar sein sollte. —

123. Daß der Ungehorsam widerrechtlich ist, und durch eine privatrechtliche Folge büßen müsse, folgt aus dem Bisherigen von selbst. Aber dieser privatrechtliche Nachtheil hat, wie eine Strafe überhaupt, eine doppelte Seite, eine objective und subjective. Man kann schon in objectiver Hinsicht nicht eine und dieselbe Strafe für den Ungehorsam im Civilprozesse aussprechen. Es ist objectiv ungerecht, den ungehorsamen Beklagten als der Klage für geständig zu erachten, ohne Rücksicht ob diese auf einen geringen oder großen Betrag erhoben wurde. Aber auch subjectiv muß der Maßstab der Beurtheilung verschieden sein, und der Grundsatz: »quilibet praesumatur bonus« auch hier seine Anerkennung finden. Man hat daher die Intention der ungehorsamen Partei in Erwägung zu nehmen, um den subjectiven Mäßstab ihrer Strafbarkeit zu ermitteln. Nach dieser Intention aber muß man, den Erfahrungen des Lebens gemäß annehmen, daß, wenn bei Klagen von geringerem Betrage der Beklagte am Verhandlungstermine ungehorsam ausbleibt, er sich die öffentliche

---

42) Dr. Liebe in der krit. Zeitschr. Bd. XV. S. 333 ffg.

Schaam des Unterliegens habe ersparen wollen, oder der Schaamlosigkeit sich nicht fähig gefühlt habe, eine gerechte unbedeutende Forderung gegen besseres Gewissen abzuläugnen, zumal er keine erhebliche Einwendungen gegen sie geltend machen könne. Hier ist somit die Annahme, den ungehorsamen Beklagten der Klage für geständig zu erachten, und mit Ausschluß etwaiger Einreden nach der Klagebitte, wenn die Klage überhaupt rechtlicher Ordnung nach gestellt ist, zu verurtheilen, eben so intensiv gerechtfertiget, als mit den Anforderungen des Lebens, welches hier eine schleunige Rechtshilfe erheischt, im Einklange. Anders bei Klagen von größerem Forderungs-Betrage, oder bei solchen, bei welchen wichtige Rechte in Frage stehen. Niemand wird hier vermuthen, daß ein Beklagter solche leichtsinnig auf das Spiel setze, daß er gedankenlos mit dem Rechte würfeln wolle, an dem sein Vermögen, und seine Ehre, der Friede und der höhere Genuß seines Lebens hängt; Niemand wird vermuthen, daß ein Beklagter hier dem Ansehen der Gerichte sich voll Frevelmuthes widersetzen, oder den Ernst und die Heiligkeit des Gesetzes schmähen wolle, welches nur das Gerechte in partheiloser Waage wägt, und vor dem kein Ansehen gilt der Person. Auch sind Rechte von schwererem Inhalte oder bedeutungsvollerem Gepräge entweder factisch oder rechtlich zweifelhafter Natur, und es widerstrebt darum auch schon dem richterlichen Gemeingefühle, auf das bloße Wort des Klägers ein schweres Urtheil über den Beklagten zu fällen.

124. Die Natur der Sache gebietet darum hier die Annahme, daß der Beklagte, wenn er am Verhandlungstermine nicht erschien, die Klage habe abläugnen wollen. Die Folge ist, daß Kläger seine Klage factisch erst dem Richter bewahrheiten, d. h. beweisen muß. Eines Mehren bedarf es

nicht; die sofortige immissio in bona, Pfändung oder Verurtheilung des Beklagten, die bei den Griechen, Römern und Germanen hier sanctionirt waren, erscheinen als ungerechte Härten, welche die Bewahrheitung der Klage voraussetzen, noch ehe diese geliefert war, verstoßen daher gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, da dem Verurtheilten immer noch die Berufung gegen das Contumacialurtheil offen bleiben muß, wenn die Klage schon rechtlich nicht begründet war. Eine Ausnahme von dieser Regel kann nur dann Platz greifen, wenn die Klage auf öffentlichen Urkunden ruht, in welchem Falle sie als zugestanden anzunehmen ist, weil für öffentliche Akte die Vermuthung ihrer Legalität, somit der Wahrheit nach Form und Inhalt streitet. In beiden Fällen ist aber aus obigen Gründen dem Beklagten noch ein neuerlicher Termin zur Geltendmachung von Einreden gegen die Klage zu bewilligen. Daß übrigens die Klage nach ihrer rechtlichen Seite, unabhängig von allem Gehorsame oder Ungehorsame des Beklagten lediglich unter die richterliche Beurtheilung fällt, bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Da ferner die Folge des Ungehorsams rein privatrechtlicher Natur ist, und bei ihr auch der Zweck und die Ordnung des gerichtlichen Verfahrens überhaupt in Frage kömmt, so erscheint es naturgemäß, daß die Ungehorsamsfolge vom Richter auch von Amtswegen ausgesprochen werde. Aus denselben Motiven ist der Kläger, der bei geringen Schuldforderungen am Verhandlungstermine ausbleibt, als auf die Klage verzichtend zu erachten, während bei wichtigeren, klagbar verfolgten Rechten, da deren willkührliches Aufgeben auch hier nicht a priori zu vermuthen ist, ihm ein neuerlicher Termin unter Androhung der Folge des Verzichtes vorzustecken wäre. Diese Annahme des Verzichtes greift dann auch bei den Partheihandlungen in den späteren Stadien des Processes in Unge=

horsamsfällen durch, z. B. bei Versäumniß der Beweisführung oder Eides-Ableistung, so wie in allen Fällen der Ungehorsame den dadurch seinem Gegner sonst zugefügten Schaden an Versäumniß, Reise- und Gerichtskosten naturgemäß zu ersetzen hat. Wie das Letzte nirgends bestritten ist, so ist auch der Gedanke, daß dem Beklagten noch ein zweiter Termin zur Vorbringung von Einreden gegen die Klage zu bewilligen sei, anerkannt in den Gesetzgebungen von Oesterreich und Würtemberg.

125. Unverkennbar ist es, daß die Gesetzgebung des Alterthums den Ungehorsam im Civilproceß schwerer ahndet, als die Legislationen der modernen Zeit. Jene betrachten ihn mehr als Nichtachtung des Ansehens des Richteramtes, diese hoben mehr seinen privatrechtlichen Charakter hervor, und ehrten das Princip der individuellen Freiheit auf einem ihr eigenthümlichen unantastbaren Gebiete. Das Alterthum faßte ihn, wie er sich äußerlich darstellt, die moderne Gesetzgebung huldigte der praesumtio boni viri, und verschmähte die öffentliche Ahndung, weil es in der Natur der Dinge liegt, daß keine Parthei durch ein Nichthandeln dem Gerichte die gebührende Achtung entziehen wolle, welches nur einer höheren Macht über ihm, dem Gesetze, in Privatrechtsstreitigkeiten huldigt: denn kein Vernünftiger wird Ungehorsam gegen das Richteramt beweisen wollen, weil sein Gegner ihn vor das Forum zog, da es eben nur die Gerichte sind, welche der Willkühr und Gewaltthat unter den Partheien ihre Schranke setzen, als Schiedsmänner sich zwischen die feindlichen Lager stellen, und nicht nach menschlichem Gutdünken, sondern als Herolde des neutralen Gesetzes den Frieden unter ihnen verkünden. Darum verschmäht eine vernünftige Betrachtung der Dinge jede öffentliche Bestrafung des Ungehorsams und Be-

schlagnahme der Güter, Geldstrafen, Pfändung, Verhaftungen erscheinen nur als Akte der Inhumanität, darum unwürdig der Gesetzgebung einer civilisirten Zeit. Die Intention des Ungehorsams, das innere Triebwerk, das seine Seele bewegt, ist der Höhemesser seiner Verschuldung, nicht die Larve der äußeren Erscheinung. Hier aber kann nur die Erfahrung des Lebens das Triebwerk der Seele enthüllen, und indem die Gesetzgebung dieser Erfahrung huldigt, verbindet sie die wahre legislative Klugheit mit den Postulaten der Gerechtigkeit. —

Sechstes Kapitel.

Die gemeinsamen Grundlagen beider Maximen.

126. Haben wir das Wesen und den Gegensatz der Maximen des Civilprocesses erkannt, so müßen wir einen Blick auch auf die gemeinsamen Grundlagen werfen, auf welchen Beide ruhen. Beide haben sich im Laufe der Jahrhunderte, der ihre Entwicklung trägt, mit einer Reihe von Grundsätzen umgeben, deren Bestimmung es ist, eine gerechte Entscheidung zu verwirklichen, welche daher auch als unvergängliches Erbe die Gesetzgebung der Zukunft in sich aufnehmen muß: denn sie sind geläutert durch die Geschichte, und erprobt aus dem unerschöpflichen Schooße der Erfahrungen hervorgegangen, und tragen somit die Bürgschaft des wahren wirklichen Rechtes in sich. Es sind dieses Grundsätze, eingeboren dem Rechtsbewußtsein aller Völker, und getragen durch die ewige Natur der Dinge, die daher Niemand zu bestreiten vermag, dessen Gemüth der reinen Flamme der Gerechtigkeit empfänglich ist. Es sind dieses Grundsätze, deren Verkennung das Grab des Rechtes war, deren Außerachtlassung den Gliederbau der Rechtspflege zerstörte, deren Verhöhnung die Gerichtsstätte zum Tummelplatze gemeiner Leidenschaft erniedrigte. —

127. Der erste dieser Grundsätze, der in seinem Inhalte zergliedert, sie alle trägt, ist der Grundsatz des wechselseitigen Gehörs. [43]) Wer ein Recht gerichtlich verfolgt, der will seine Anerkennung und Verwirklichung von einem Andern. Da nun, selbst auch die Wahrheit der Klage vorausgesetzt, dem Beklagten gegen solche Vertheidigungsmittel zu Gebote stehen können, so kann schon nach der Natur der Sache der Richter auf des Klägers einseitige Beschwerde kein Urtheil fällen, er muß den Beklagten hören und prüfen, ob er die Klage zugebe oder wie er sich gegen solche vertheidigen wolle. Der Richter, als das persönlich gewordene Gesetz kennt kein Ansehen der Person; er waltet nicht im Reiche der Gnade, sondern des partheilosen Rechtes. Darum darf selbst nicht die subjective Ansicht des Richters eine Abweichung jenes Grundsatzes erzeugen, nicht seine Subjectivität ist Herrin des Streites, er ist nur des Gesetzes Träger und Vollstrecker. Wenn er darum auch von dem Rechte des Klägers volle moralische Ueberzeugung in sich hätte, diese berechtigt ihn niemals, ohne Gehör des andern Theiles zu Recht zu erkennen. Jedes Urtheil ist in seinen Folgen ein Eingriff in eines Andern Rechtsgebiet; dieses ist sein Burgfrieden und sein Heiligthum, und das Eindringen in dasselbe kann nur durch das Recht selbst geschehen. Die Verletzung des Privatrechtes eines Andern aber ist Gewaltthat. Und so begründet der Richterspruch, der den Grundsatz des wechselseitigen Gehörs nicht heilig hielt, ein Attentat, einen Friedensbruch. Denn in das Innerste des Streites dringt der irdische Richter nicht, er überschaut nicht allwissend des ganzen Streitsverhältnisses Umfang und innerste Natur; diese können nur die Partheien ihm

---

43) v. Gönner's Handbuch I. S. 91 ffg.

enthüllen, nur ihre Vorträge entrollen ihm das klare Bild, auf dessen tiefem Grunde ihr Recht beruht. Um die objective Wahrheit dieses Streites zu durchdringen, muß er sie somit beide hören, und ohne dieses Gehör findet er die Wahrheit, somit auch die Gerechtigkeit nicht, weil diese jene Wahrheit des Streitverhältnisses immer zur Voraussetzung fordert. Dieser Grundsatz ist darum ein Postulat der Gerechtigkeit; er ist die Grundlage einer gerechten Entscheidung. Daher durchdringt er alle Stadien des Processes, und eine Verfügung des Richters, die nicht auf seiner Voraussetzung ruht, kann nie in Rechtskraft übergehen. Eine Folge dieses Principes ist es, daß die Privatwissenschaft des Richters nie Grundlage einer richtertichen Entscheidung werden kann: denn diese hat er ohne das wechselseitige Gehör, auf menschlichem Wege erworben; seine Privatpersönlichkeit ist aber hier ein wesenloses Schattenbild, das in der Waagschale der Gerechtigkeit ohne alle Bedeutung bleibt. Denn nicht der Mensch, sondern der Richter als die Person des Gesetzes spricht das Recht. All' sein Handeln setzt das Gehör der Partheien voraus, und damit es eine solide Grundlage seiner richterlichen Beurtheilung werde, wird das Resultat des Gehörs in die unauslöschliche Form der Schrift gebracht, die das flüchtige Wort in sichere Formen bannt. Die Unterschrift der Partheien ist die Beurkundung der Wahrheit ihrer Rede, und die Bürgschaft für diese ihre Anerkennung, und so ist eine weitere Folge dieses Princips, daß nur, was in den Akten steht, auch in der Welt, in welcher der Richter seine Rolle spielt, für ihn eine Wahrheit, eine lebendige Erscheinung ist. Der Grundsatz: „quod non in actis, non in mundo“ ist ein Palladium für die Rechtssicherheit der Partheien, weil er die Gewißheit verbürgt, daß nur Thatsachen, die von den Partheien kommen, und über welche beide Theile gehört sind, Grundlage der richterlichen

Entscheidung werden, und keine verborgene, geheimnißvolle Macht das offene Rechtsverhältniß zwischen Parthei und Richter zu stören vermag. In diesem Grundsatze liegt endlich auch das gesetzliche Gebot, daß kein Proceß mit der Execution beginnen dürfe, weil dieses nur möglich wäre, wenn ein Theil nicht gehört wurde.

128. Ein weiterer Grundsatz lautet: die Rechte, wie die Pflichten der streitenden Theile sind gleich; sie sind gleich sowohl unter den Partheien, als dem Richter gegenüber. Jede Parthei hat in der Andern, wie der Richter in beiden Partheien die Persönlichkeit, d. h. die von dem Stande unabhängige, allen Menschen gleiche Menschenwürde zu achten, die auf ihrer gleichen ebenbildlichen Natur beruht. Hier können somit nicht Standes-Vorzüge, nicht der confessionelle Glaube, nicht die Prärogative der Bildung oder des Vermögens eine Ausnahme begründen, hier entscheidet kein Ansehen der Person; das Gesetz, das mit verbundenem Auge richtet, achtet in jeder Parthei die gleiche Persönlichkeit, und wägt nur ihre Thatsachen ab an der unpartheiischen Waage des Rechtes. Parthei und Richter stehen auf dem Boden des Privatrechtes, hier aber gilt die gleiche persönliche Berechtigung, es waltet hier der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze im vollsten Maaße, die Partheien sind rechtlich gleich, weil ihre Persönlichkeiten es sind. Anders auf dem politischen Gebiete, wo die Verhältnisse, der Stand, der Glaube, die Intelligenz, der Charakter eine Verschiedenheit der politischen Berechtigung erzeugen können.[44]) Darum sind die Partheien

---

[44]) Beneke: Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung I. B. S. 247 — 255. Ancillon vom Geiste der Staatsverfassungen S. 35 — 44. Stahl R. Phil. II. B. 1. Abth. S. 287.

vor Allem Achtung dem Richter schuldig, und Gehorsam, da er nur im Namen des Gesetzes handelt. Sie sind sich aber auch gegenseitig Wahrhaftigkeit schuldig; die moralische Achtung der Persönlichkeit erheischt Wahrhaftigkeit. [45]) Die Wahrhaftigkeit ist eine sittliche Pflicht, und der Grieche ließ die Partheien sogar schwören, daß sie dieser Pflicht während des Laufes des Prozesses treu nachkommen wollten. Der Staat kann sie zwar nicht erzwingen, weil auf dem sittlichen Gebiete kein Zwangsrecht des Staates besteht, aber er kann doch ihre Verletzung als Frivolität, welche die Gränzen einer natürlichen Vertheidigung überschreitet, die klar bewußte Wahrheit abläugnet oder entstellt, mit gleichem Rechte ahnden, mit welcher er die öffentliche Unsitte züchtigt. Der Ausgang des Processes auf den Grund objectiver Beweismittel (nicht der Subjectivität des Schwörenden) giebt auch dem Richter einen sicheren Anhaltspunkt, ob die Parthei die Wahrheitspflicht, die immer als Princip einer Gesetzgebung bestehen soll, mit frivolem Gemüthe entehrte. Hier macht sich in der Seele der Parthei, wenn auch nicht in demselben Grade, doch immer die eine Gewissenlosigkeit geltend, den Gegner um die Erreichung seines Rechtes zu bringen, mag sie sich zur Verwirklichung dieses schlechten Zweckes absichtlicher Entstellung der Wahrheit, oder der Bestechung des Richters oder der Zeugen schuldig machen. Ihr Verfahren greift in das Gebiet der öffentlichen Sitte, und erscheint strafbar: denn der Staat hat auch hier auf dem Gebiete der Gerechtigkeitspflege seinen sittlichen Beruf zu verwirklichen, und das Gesetz soll nie zum Schutze und Deckmantel des öffentlich Schlechten dienen. Der Grundsatz muß daher hier anerkannt werden, daß keine

---

[45]) Bayer: Vortr. S. 35. preuß. Ger. Ord. Einl. § 13. Mittermaier, der gem. d. Proc. § 11.

Parthei die andere in dem gesetzmäßigen Gange zur Rechts-Verfolgung oder Vertheidigung in unerlaubter Weise stören dürfe, daß jede Parthei nur durch die vom Gesetze ihr gebotenen Mittel das nach ihrer Stellung ihr gesteckte Ziel zu verfolgen habe. So weit dieses Princip durch Frivolität und persönliche Angriffe auf den Gegner, oder durch privatrechtliche Nachtheile gegen denselben verletzt wird, hat es der Richter zu ahnden, und privatrechtlich durch seinen Ausspruch der Schadloshaltung zu sühnen.

129. Ferner dürfen im bürgerlichen Processe auch nur die wahren Interessenten auftreten, d. h. Derjenige, in dessen Persönlichkeit ein Rechtsverhältniß entstanden und begründet ist, gegen Denjenigen, in dessen Persönlichkeit jenes Recht eine Verpflichtung erzeugte. Beide Theile müssen aber auch schon zu jener Persönlichkeit gereift sein, welche sie zum selbstständigen Handeln vor Gericht befähiget; ausserdem muß eine Vertretung durch Andere die Mängel der Persönlichkeit ergänzen. Aber das Urtheil, welches der Richter unter den wirklichen Partheien spricht, erzeugt nur ein Gesetz für sie, dessen Kraft und Ansehen mit seinem Vollzuge erlischt. Denn das Recht ist eine sittliche Macht, die sich an eine bestimmte Persönlichkeit knüpft, und die Pflicht ihrer Anerkennung gegen einen Andern erzeugt. Wer darum eigenmächtig eines Andern Recht verfolgt, erlaubt sich eine Verletzung der wahrhaft berechtigten Persönlichkeit, nicht minder, wenn der wahrhaft Berechtigte den nicht wahrhaft Verpflichteten vor das Forum zieht. Nun ist aber die Achtung der Persönlichkeit das wahre Wesen der Gerechtigkeit (I. B. §. 11), und die Herrschaft des Gesetzes der Gerechtigkeit höchste Aufgabe der Staatsgewalt [46]), folglich muß auch der Staat oder hier das Gericht

---

[46]) Warnkönig: Rechtsphilosophie. Freiburg 1839. S. 406.

nicht nur für die Legitimation der Partheien Fürsorge tragen, sondern auch gesetzlich anordnen, daß nur die rechtsfähige Persönlichkeit vor Gericht auftrete, oder er hat die etwaigen Mängel durch staatscuratelamtliche Vertretung zu ergänzen (V. B §. 97). Der Richter endlich hat keine Gesetzgebungsgewalt, sein Recht, das er unter den Partheien spricht, ist daher kein Gesetz an sich, sondern nur seine Anwendung auf den vorhandenen Streitfall, daher es auch nicht, wie ein Gesetz Dritte verpflichten oder berechtigen kann.

130. Die Persönlichkeit des Menschen ist sein Reich, durch sie und mit den Gaben, die ihm providentiell zufielen, soll er seinen Beruf erfüllen, der ihm nach Gottes Willen in der sittlichen Weltordnung bestimmt ist. In dieser Sphäre giebt es keinen Zwang, im Reiche des Ethos waltet nur der freie Wille. Zu seiner Persönlichkeit gehört sein Recht, das Maß der Freiheit, das er zur Realisirung der Zwecke seines individuellen Lebensberufes haben muß (I. B. §. 10. V. B. §. 90). Auch sein Recht gehört daher in das Gebiet seiner Freiheit, er kann es gebrauchen oder aufgeben, verfolgen oder sich seiner entäussern, wenn er nur durch diese Freiheit keine sittlichen Pflichten verletzt. Darum giebt es zur Rechtsverfolgung oder Vertheidigung keinen Zwang, der Richter kann keinen Proceß von Amtswegen anfangen, oder gegen den Willen der Parthei fortsetzen, oder von Amtswegen ihre Vertheidigung übernehmen, noch in der Regel das Recht weiter zuerkennen, als in so weit er darum gebeten wurde. Es ist das auch mit dem Richteramte unverträglich, weil er sonst durch das Verfallen in die Partheirolle seiner Würde verlustig würde. Ne procedat judex ex officio, nec eat ultra petita partium.

131. Das Recht muß sein, es ist das Fundament der moralischen Ordnung der Welt, der Grund für den Aufbau der Cultur und Sitte, für den Frieden und die Ruhe des Lebens. Das Recht muß stets und immer verwirklicht sein (I. B. §. 11). Darum kann die Entscheidung des Rechtes, wenn es unter Privaten streitig wird, nicht von der Willkür abhängen, und wenn die Parthei nicht erscheint oder ungehorsam sich gegen die richterlichen Anordnungen zeigt, so wird ihr Erscheinen fingirt und angenommen, daß sie gehandelt oder auf ihr Handeln verzichtet habe. Darum müssen immer auch zwei Partheien im Processe thätig sein. Die stete Verwirklichung des Rechtes gebietet die Beschleunigung der Rechtsgewährung und eine durch das Gesetz gebotene Ordnung, daher stellt auch der Proceß das Bild des Lebens dar, dessen Lebensperioden in bestimmten Terminen ihn zum sicheren Ende führen. Dieses Ende ist die Execution als der Zwang zur Verwirklichung des Gesetzes, welches durch den Richterspruch unter den Partheien als solches verkündet wurde. Das Recht des Staates soll aber auch zur Gerechtigkeit werden (II. B. §. 15). Damit aber das formelle Recht wie möglich zum materiellen werde, kann der eine Richterspruch nicht sofort als Gesetz unter den Partheien gelten; denn des Richters Urtheil kann auch gegen das Gesetz sein, wenn er das Recht irrthümlich auslegte, die Thatsache falsch begriffen hat. Daher die Nothwendigkeit der Berufungs-Instanzen, die als höhere Richter das Streitverhältniß wiederholter Prüfung unterziehen.

132. Der Richter ist das lebendig oder persönlich gewordene Gesetz, er kennt darum kein Ansehen der Person (I. B. §. 14). Damit er aber seine Bestimmung erfülle, muß ihm der Staat eine unabhängige Stellung geben, und er hinwieder muß dann nur der Gerechtigkeit dienen. Unab-

hängigkeit und Unpartheilichkeit des Richters sind darum Garantieen der Gerechtigkeit, die an der Spitze einer geordneten Rechtspflege stehen. Diese Stellung erfordert aber auch, daß der Richter mit Umsicht verfahre, gründlicher Kenner des Rechtes sei, und Intelligenz wie Gewandtheit mit moralischer Festigkeit und Energie des Charakters paare. Aus gleichen Gründen sollen endlich alle Verhandlungen des Gerichts das Gepräge der Geradheit und Offenheit an sich tragen: denn Wahrheit ist Licht und Leben, und auch die Gerechtigkeit, als die Wahrheit des socialen Lebens soll nur im Lichte wandeln.

133. Das Interesse der Rechtsbeschleunigung und das Ansehen des Richteramtes gebietet eine Competenz-Regulirung der verschiedenen Gerichte eines Staates mit dem staatsrechtlichen Grundsatze, daß Niemand seinem ordentlichen Richter entzogen werde, und keine öffentliche Behörde in die Sphäre einer andern übergreifen oder sie in ihrem verfassungsmäßigen Wirkungskreise behindern dürfe. Daher vor Allem die Ausscheidung der Sphäre der legislativen, administrativen und richterlichen Gewalt. Die legislative Gewalt erläßt nur allgemeine Gesetze, der Richter hat an der Hand des Gesetzes die individuellen Fälle zu entscheiden, und die administrative Gewalt hat Objecte des allgemeinen Wohles in dem Umkreise ihres Wirkens. [47]) Die Gesetze für den Richter sind stabile und festbestimmte Normen, die Verfügungen der administrativen Gewalt je nach Zeit und Umständen wandelbar. Der Richter hat Rechte zu erhalten, wiederherzustellen und zu gewähren, und ist innerhalb seines gesetzlichen competenten Wirkens unverantwortlich und inamovibel; Nichts, auch keine

---

[47]) Ancillon: der Geist der Staatsverfassungen S. 64.

Kabinetsjustiz darf den Lauf der Gerechtigkeit mehr hemmen. [48]) Darum soll der Richter auch seine Competenz, wie die Legitimation der Partheien von Amtswegen überwachen: denn Beide sind nach ihrer innersten Natur verwandt. Die Competenz ist nur die Legitimation des Richters gegenüber dem Streitverhältnisse und den Partheien, die Legitimation ist nur die Competenz der Partheien gegenüber dem Richter.

Neuntes Kapitel.

Die Fortbildung und das Princip der Gesetzgebung im Civilprocesse.

134. Wir haben hiermit das Wesen der Maximen des Civilprozesses in ihren Grundzügen geprüft. Die Ueberzeugung, daß die Verhandlungsmaxime in ihrer Durchbildung das materielle Recht weniger fördern könne, hat zu dem Bestreben geführt, die amtliche Thätigkeit des Richteramtes zu erweitern. Nach der Civilproceßgesetzgebung für das Großherzogthum Hessen ist es dem Richter zur Pflicht gemacht, die Wahrheit von Amtswegen zu erforschen, wenn auch die Partheien selbst eine genügende Ausführung ihrer Rechte nicht vorgebracht hätten; so wie aus verworrenen Vorträgen der Partheien sich durch zweckmäßige Fragen eine klare Ansicht derjenigen factischen Verhältnisse, worauf es ankömmt, zu entwickeln, und dasjenige, was unter dieser Voraussetzung dem Rechte einer Parthei entspricht, zu berücksichtigen, wenn auch diese selbst ihr Recht nicht genügend ausgeführt hätte. Auch in Bayern hat der Richter rechtsunkundigen Partheien gegenüber die Feststellung des Streitpunktes sich besonders an=

---

[48]) Minigerode: was ist Justiz=, was Administrativ=Sache? Darmstadt 1835. § 4—6.

gelegen sein zu lassen. [49]) Diese von Amtswegen zu erwirkende Aufklärung mangelhafter oder dunkler Partheivorträge ist auch Pflicht des württembergischen Richters, [50]) der überhaupt für den unzweifelhaften Zweck jeder Parthei von Amtswegen thätig sein soll, und auch ohne besonderes Begehren die Mittel benützen darf, deren Anwendung die Parthei selbst im Wege der Verhandlung vom Richter zu begehren berechtigt gewesen wäre. Er darf auch aktenmäßig vorliegende Einreden von Amtswegen ergänzen. Jene Bestimmung des hessischen Proceßgesetzes, daß der Richter die Wahrheit von Amtswegen erforschen solle, kann natürlich nur in soweit Billigung finden, als es sich um Herstellung einer juristischen Wahrheit handelt, wobei der Richter sich jeden Uebergriffs in die Sphäre der Freiheit der Partheien enthält; viel bedenklicher aber ist der allgemeine Satz, daß der Richter für den unzweifelhaften Zweck jeder Parthei von Amtswegen thätig sein soll: denn hier macht das Gesetz den Richter dienstbar den Personen, während er nur der Sache, dem Zwecke des gerichtlichen Verfahrens überhaupt dienen soll, und es zunächst den Partheien selbst obliegt, die Träger ihrer Zwecke zu sein. Darum hat das württembergische Gesetz die generelle Macht dieser Bestimmung durch nachfolgende Ausnahmen wieder zu neutralisiren gesucht, und daher dem Richter aufgegeben, sich jeden Zwangsmittels wie jeder Erschleichung zu enthalten, nicht inquisitorisch in die Geheimnisse einer Parthei einzudringen, nur auf aktenmäßige, und auf amtlicher Kenntniß ruhende Thatsachen sein Urtheil zu bauen, und über jeden aktenmäßigen Umstand vorher die Partheien zu hören, so wie überhaupt in seinem Erkenntnisse

---

[49]) §. 3 der Nov. v. 1819.

[50]) §§. 77. 78. der Ver. v. 31. Dec. 1818 u. §. 13. lit. d. der Nov. v. 15. September 1822.

niemals die Gränzen der erklärten oder vermutheteten Absicht der Partheien zu überschreiten.

135. Es ist einleuchtend, wie schwer es für eine Gesetzgebung ist, das richtige Maaß für beide Maximen zu gewinnen. Der subjective Charakter der Richter wiegt hier am schwersten in der Waagschale der Entscheidung. Auch hier bewährt sich die uralte Wahrheit, daß nur sittliche Elemente die stärksten Pfeiler der Staaten-Ordnung sind. Nur so viel ist a priori gewiß, daß keine von beiden Maximen, zur äußersten Spitze ihrer Entwicklung getrieben, Grundlage einer gerechten Gesetzgebung werden kann: denn im Verhandlungsprincip neigt sich die Schwerkraft auf Seite der Partheien, sie macht den Richter zur Maschine; bei dem Untersuchungsprincip aber liegt die Schwerkraft in ihrer ganzen Fülle in der Persönlichkeit des Richters. Beide Maximen repräsentiren darum auf dem Höhepunkte ihrer Entwicklung das völkerrechtliche Gravitationssystem, jede in ihrer Weise. Wie dieses aber die Machtfälle in einem Staate concentrirt, und ringsum nationales Leben verkümmert, so müssen jene Maximen, wenn sie das Uebergewicht in der Persönlichkeit des Richters oder der Partheien concentriren, auf einer Seite die Selbstständigkeit der Partheien, oder des Richters lähmen. Sie stehen darum auch mit der Culturgeschichte, und den Culturzuständen der Zeit im Widerspruche: denn die Untersuchungsmaxime in extremer Geltung setzt die Rechtsunmündigkeit der Staatsangehörigen voraus, und involvirt eine totale Bevormundung derselben auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechtes; die Verhandlungsmaxime in ihrem Absolutismus ausgeprägt setzt die vollkommenste Rechtsausbildung derselben voraus und weist jede curatelamtliche Führung des Staates von sich ab. Beide Maximen also, auf den Gipfel ihrer Entwicklung angelangt, sind extremer

Natur, und können als solche somit auch nicht durchgreifende Normen einer, auf nationalen Grundlagen, den Elementen der Cultur, wie überhaupt auf den Forderungen der Gerechtigkeit ruhenden Gesetzgebung werden. Die wahre Gesetzgebung sucht darum die Wahrheit beider Maximen in sich organisch zu vermitteln; sie strebt nach einem Gleichgewichtssysteme, welches die Macht der Partheien und die Gewalt des Richters gegenseitig zur harmonischen Vermittlung führt, jede überwüchsige Frucht schon im Keime zurückdrängt, und nach Herstellung der äußeren Ordnung doch jedem Theile in seinem eigenen Gebiete die volle Gewähre naturgemäßer Bewegung gönnt. Wenn nach der einen Maxime über das ganze Lebensdrama des Processes die schwere Nothwendigkeit waltet, so überströmt das andere in freier Bewegung. Die organische Vermittlung gewährt der Freiheit ihre naturgemäße Bewegung, und ordnet sie durch das Gesetz, das Richter und Parthei beherrscht. Das Grundgesetz dieses Gleichheitssystems ist die Gerechtigkeit, welche im Richter nur den Vermittler, den Mund des Gesetzes achtet, in den Partheien aber die Persönlichkeit und ihre gleiche Berechtigung vor dem Gesetze ehrt. Dieses Grundgesetz regelt alle Verhältnisse und Lebensregungen zwischen Richter und Parthei, es ist eine moralische Macht, die über beiden steht, und welcher sie beide unterthan sein sollen; es ist daher auch der Markstein ihrer Freiheit, die Gränze ihrer Berechtigung. Diese haben beide; jeder Theil in seiner Sphäre, in seinem Lebensgebiete; der Richter hat sie auf den Grundlagen des Gesetzes und des Zieles, welches jede gerichtliche Ordnung verfolgt; die Parthei hat sie auf dem weiten Felde der Thatsachen, über welche sie, wie der Staat über seine Heere gebietet. Was der Richter von diesem Gebiete über seine Zwecke bedarf, das kann er unter den Augen beider Partheien durch zwanglose Fragen

ermitteln, da keine Parthei verlangen kann, auf dunkeln Pfaden den Gegner irre zu führen, und des Richters Geist und Herz zu blenden: denn beide Theile, wie der Richter wollen und dürfen nur das Eine wollen, was Noth thut, d. h. — die Gerechtigkeit.

136. Nach Bentham muß sich der Gesetzgeber das Glück des Ganzen zum Ziele seiner Bestrebungen setzen, der allgemeine Nutzen muß das entscheidende Princip für die Gesetzgebung sein. [51]) Lust- und Unlust-Empfindungen sind das Grundmaaß aller legislativen Zergliederung und Normirung der Verhältnisse des Lebens. Tiefer geht schon Montesquieu, wenn er vom Gesetze verlangt, daß es auf der Natur der Dinge ruhen soll. [52]) Die Gerechtigkeit umfaßt beide Factoren als der Grundgedanke, der alle Gesetzgebung durchdringen muß. Die Gerechtigkeit aber will, daß das Wahre an beiden Maximen immer tiefer durchschaut, die Principien, die beiden gemein sind, immer mehr in ihren Potenzen entwickelt, und in den Gesetzgebungen civilisirter Völker immer mehr zur Herrschaft kommen sollen. Die Gerechtigkeit will Gemeingut der Völker werden, und was in ihrem Geiste wahr ist, soll Gesetz aller Staaten sein. Die Herrschaft des Gesetzes der Gerechtigkeit soll immer allgemeiner erkannt und befestigt werden. In wie weit der Entwicklungsstand des nationalen Rechtes der Verwirklichung entgegensteht, wird es Aufgabe der Staatsverträge, diese Ungleichheiten zu beseitigen. Die Gerechtigkeit will, daß ihr Gesetz im Einzelstaate auch den Unterthanen eines andern Staates zu Theil werde: Re-

---

51) Benecke: Grundsätze der Civil- und Criminalgesetzgebung. Berlin 1830. S. 35.

52) Montesquieu: de l'Esprit des lois. I. ch. 1.

torsion, das forum arresti für Ausländer, Cautionen, Verweigerung des Vollzugs fremdherrlicher Richtersprüche u. A. sind nicht in ihrem Geiste, finden nur auf dem Standpunkte der Nothwehr ihre Rechtfertigung. Die Gerechtigkeit will eine Gleichartigkeit in den Grundprinzipien der Gesetzgebungen, so weit dieses unbeschadet der nationalen Rechtsbildung zu verwirklichen ist. [53]) Doctrin und Praxis müssen sich daher zur Verwirklichung dieses Zieles die Hände bieten. Für jetzt ist freilich die Saat der gemachten Erfahrungen noch jung, aber Wissenschaft und Leben können sie zur vollen Frucht des Lebens zeitigen. Es ist ein großes, ein erhabenes Ziel für die Zukunft, daß dasjenige, was aus dem ewigen, unerschöpflichen Borne der Wahrheit quillt, das Gerechte, in immer weiteren Strömungen die Länder der Erde überbreite, damit wie dereinst ein Glaube, so auch eine Gerechtigkeit die Völker der Erde umfriede.

---

[53]) Diese Idee will namentlich auf dem Gebiete des Strafprozesses ihre practische Geltung: vgl. Dr. Ferd. Carl Th. Hepp: Anklageschaft, Oeffentlichkeit und Mündlichkeit des Strafverfahrens. Tübingen 1842. §§ 24. 25.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Roßbach, Johann Joseph,

Die Philosophie der Gerechtigkeitspflege mit steten Beziehungen auf die gerichtlichen Institutionen civilisirter Völker

Würzburg 1847

J.pract. 260 t
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554621-4